

### Jogelmélet: Társadalomtudományi trilógia II.

Pokol, Béla

Postprint / Postprint

Monographie / monograph

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Pokol, B. (2005). *Jogelmélet: Társadalomtudományi trilógia II.* Budapest: Századvég Kiadó. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-104296>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more Information see:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

**Pokol Béla**  
**Jogelmélet**  
**Társadalomtudományi trilógia II.**

*ISBN 963 7340 08 4*

**Századvég Kiadó**  
**Budapest**  
**2005**

# Tartalomjegyzék

Előszó.....

## Első Rész: A többrétegű jog koncepciója.....

### I. fejezet - A jog rétegei.....

1. A jogrendszer és a jog fogalma.....
  - 1.1. A társadalmi valóság mibenléte: az értelmi valóság.....
  - 1.2. A társadalom funkcionális alrendszerei mint értelmi rendszerek.....
  - 1.3. A jog mint értelmi rendszer.....
  - 1.4. A jogrendszer fogalma.....
  - 1.5. A jog fogalma.....
2. A jog rétegeinek felépülése.....
  - 2.1. A modern jogrendszerek binaritása.....
  - 2.2. Elméleti megfontolások.....
  - 2.3. Igazságosság és a binaritások sokasága.....
  - 2.4. Jogalkotás és a bináris kódok.....
  - 2.5. A jogalkalmazói szféra és a jog bináris kódja.....
  - 2.6. Jogdogmatika és bináris kód.....
3. Az értelmezési szűrő ("hermeneutikai puffer") az egyes jogrendszerekben.....
  - 3.1. A német jog eltudományosodása.....
  - 3.2. Az egyetemi jogtudomány a francia jog fejlődésében.....
  - 3.3. A jogtudományi kontroll hiánya az angol jogban.....
  - 3.4. Az amerikai jog - a precedensköttőség oldódása.....
4. A jog mint professzionális intézményrendszer.....
  - 4.1. A jog szigorúbb rendszerszerűsége.....
  - 4.2. A jogásztársadalom struktúrája.....
  - 4.3. Hermeneutika és jogdogmatika.....
5. A jogi oktatás helye a jogrendszerben.....
  - 5.1. A jogi oktatás alapfunkciói.....
  - 5.2. A jogi oktatás dilemmái.....
  - 5.3. A kritikai jogi tanulmányok elmélete a jogi oktatásról.....

### II. fejezet - Az alkotmányos alapjogok rétege.....

1. Az alapjogi réteg általános kérdései.....
  - 1.1. Az alapjogok önálló jogrétegének problémái.....
  - 1.2. Az alapjogok és a jog rétegei.....
  - 1.3. Az alapjogi réteg kérdőjelei.....
  - 1.4. Az alkotmányos alapjogok jogelméleti jelentősége.....
2. A magyar alapjogi alkotmánybíráskodás.....
  - 2.1. A jog szerkezete és koncepciói.....
  - 2.2. Az alapjogi bíráskodás jogkoncepciói.....
  - 2.3. A magyar alapjogi bíráskodás jogkoncepciói.....

3. A német alapjogi bírászkodás jogelméleti kérdései.....
  - 3.1. A német alapjogi szabályozás.....
  - 3.2. A német alapjogi ítélezés sarokkövei.....
  - 3.3. Eltérések és azonosságok.....
4. Törekvések a jogalkalmazás "alkotmányjogiasítására" .....
  - 4.1. Az alkotmányjogiasítás három dimenziója.....
  - 4.2. Az alkotmányjogiasítás két iránya.....
    - 4.2.1. Az alkotmányjogiasítás anyagi jogi oldala.....
    - 4.2.2. Az alkotmányjogiasítás eljárásjogi oldala.....
  - 4.3. Törekvések a magyar jogalkalmazás alkotmányjogiasítására.....
    - 4.3.1. Az alkotmányjogiasítás anyagi jogi oldala.....
    - 4.3.2. Az alkotmányjogiasítás eljárásjogi oldala.....

### **III. fejezet - A többrétegű jogrendszer további kérdései.....**

1. A jogdogmatika természetéről.....
  - 1.1. A jogdogmatika elméletei.....
  - 1.2. Jogalkotás és jogdogmatika.....
  - 1.3. Logika és értékelés a jogdogmatikában.....
2. A jogi topika.....
  - 2.1. A jogi topika szerepének történeti változásai.....
  - 2.2. A jogi topika újjáélesztése és kritikái.....
  - 2.3. Topika és professzionális intézményrendszer.....
3. Jogászság és jogrendszer.....
  - 3.1. A képzett-professzionális jogász alakja.....
  - 3.2. Ügyészség és jogásztársadalom.....
  - 3.3. Az ügyvédi réteg struktúrája.....
  - 3.4. Bírói kar és jogászság.....
  - 3.5. Egyetemi jogászság és gyakorlati jogászok.....
4. Jogpolitika és jogrendszer.....
  - 4.1. A jogpolitika és a jog rétegei.....
  - 4.2. A jogpolitika szférái.....
  - 4.3. A perlési politizálás.....
    - 4.3.1. A perlési politizálás kialakulása.....
    - 4.3.2. A perlési politizálás jogi keretei.....
    - 4.3.3. A perlési politizálás szerveződése.....
    - 4.3.4. A perlési politizálás megjelenésének jelei Magyarországon.....
5. A jog feletti állami és magánrendelkezés kérdései.....
  - 5.1. Az államhatalom fokozódó meghatározása a jog felett.....
    - 5.1.1. A jog alkotása feletti állami rendelkezés.....
    - 5.1.12 A jog alkalmazása feletti állami rendelkezés.....
  - 5.2. A jog feletti magánrendelkezés formái.....
    - 5.2.1. Az állami jog félretolásának lehetősége: a választottbíráskodás.....
    - 5.2.2. Állami munkajog és "privát" munkajog.....
    - 5.2.3. A magánfél meghatározó ereje a büntetőjogban.....
    - 5.2.4. A büntetésvégrehajtás privatizálása.....

### **IV. fejezet - A jog forrásai, értelmezése és érvényessége.....**

1. A jog forrásai.....

1.1. A jog forrásai a többretegű jog koncepciójában.....	
1.2. A jog forrásai a magyar jogrendszerben.....	
2. A jog értelmezése.....	
2.1. A jogértelmezés alapjai.....	
2.1.1. Hétköznapi-szószerinti értelmezés.....	
2.1.2. A speciális-technikai szószerinti értelmezés.....	
2.1.3. A kontextuális értelmezés.....	
2.1.4. Joglogikai értelmezés.....	
2.1.5. A precedensek fényében értelmezés.....	
2.1.6. Az analógia útján való értelmezés.....	
2.1.7. Jogi doktrinális-jogdogmatikai értelmezés.....	
2.1.8. A jogelvek fényében történő értelmezés.....	
2.1.9. Az alkotmányos alapjogok/alapelvek fényében történő értelmezés.....	
2.1.10. A jog mögötti etikai értékek fényében történő értelmezés.....	
2.1.11. A jogszabály célja szerinti értelmezés.....	
2.1.12. A jogalkotó akarata/szándéka szerinti értelmezés .....	
2.2. A magyar felsőbírósági jogértelmezés.....	
2.2.1. Nyelvtani-szószerinti értelmezés.....	
2.2.2. Jogdogmatikai értelmezés.....	
2.2.3. Bírói gyakorlatra ill. precedensekre hivatkozó értelmezés.....	
2.2.4. Alapjogokra és alkotmánybírói döntésekre hivatkozó értelmezés.....	
2.2.5. A jogalkotó szándékára hivatkozó értelmezés.....	
2.2.6. Összegzés.....	
3. A jog érvényessége.....	
3.1. A többretegű jog és a jog érvényessége.....	
3.2. A jogérvényesség elméleti tematizálásai.....	
3.3. A jog érvényességének megkérdőjelezési lehetőségei.....	
3.3.1. A jogi norma szövegrétegének megkérdőjelezése.....	
3.3.2. A jogdogmatika szintjén való megkérdőjelezés.....	
3.3.3. A jogi norma szociológiai megkérdőjelezése.....	
3.3.4. A jog etikai megkérdőjelezése.....	
<b>V. fejezet - A bírói precedensjog rétege.....</b>	
1. A bírói precedensjog általános kérdései.....	
1.1. Értelmező és szabályozó precedens.....	
1.2. Mi a kötelező a precedensben?.....	
1.3. A precedenskövetés kötelező jellegének fokozatai.....	
1.4. A kontinentális precedensjog közös sajátosságai.....	
2. A magyar bírói precedensjog.....	
2.1. A bírói jog súlya.....	
2.2. A bírói precedens és a bírói gyakorlat kötelező jellege. ....	
2.3. A bírói jog kötelező erejének fokozatai.....	
2.4. A bírói precedensjog törvényszöveghez kötöttsége.....	
<b>Második Rész: Jogelméletek, jogelméleti iskolák.....</b>	
<b>VI. fejezet - A jogelmélet története.....</b>	
1. A jogelmélet történetének vázlata.....	

1.1. Jogelméletek és jogrétegek.....	
1.1.1. A decizionista jogpozitivizmus szűkítése.....	
1.1.2. A jogdogmatika kizárólagossága.....	
1.1.3. A jog mint bírói jog.....	
1.1.4. A jog mint az alapjogok rétege.....	
1.1.5. A jog mint a mindennapi gyakorlat.....	
1.1.6. A komplex jogi rendszer elméletei.....	
1.2. A nyugati jogelméleti fejlődés vázlata.....	
1.2.1. A német jogelméleti gondolkodás fejlődése.....	
1.2.2. A francia jogelmélet fejlődése.....	
1.2.3. Az angol jogelméleti fejlődés.....	
1.2.4. Az amerikai jogelmélet fejlődésének vázlata....	
2. Az érdekkutató jogtudomány.....	
2.1. Az érdekkutató jogtudomány kialakulása.....	
2.2. Az érdekjogász jogkoncepció.....	
2.3. Az érdekkutató jogtudomány kritikája.....	
3. A magyar jogelmélet fejlődése.....	
3.1. A XIX. századi magyar jogelmélet.....	
3.1.1. Magyar észjogászok: Csatskó, Virozsil, Pauler.....	
3.1.2. Pulszky Ágost jogkoncepciója.....	
3.1.3. Pikler Gyula materialista jogelmélete.....	
3.1.4. Somló Bódog jogelmélete.....	
3.2. Moór Gyula és Horváth Barna jogkoncepciója.....	
3.2.1. Moór Gyula jogelméletének keretei.....	
3.2.1.1. A társadalmi lét mibenléte.....	
3.2.1.2. A jog belső szerkezete.....	
3.2.1.3. A jogfilozófiai irányzatok értékelése.....	
3.2.2. Horváth Barna jogelmélete.....	
3.2.2.1. A társadalmi lét mibenlétéről.....	
3.2.2.2. Társadalmi normavilág és erkölcsi szféra.....	
3.2.2.3. Horváth Barna jogkoncepciója.....	
3.3. A magyar jogelmélet fejlődése az állampárt évtizedeiben.....	
3.3.1. Szabó Imre és a "hivatalos" jogelmélet.....	
3.3.2. A "hivatalos" jogelmélet meghaladási kísérletei.....	
<b>VII. fejezet - Mai német jogelmélet.....</b>	
1. Esser, Larenz, Kriele jogelméletei.....	
1.1. Josef Esser - a szövegréteg és a jog rétegei.....	
1.2. Karl Larenz - jogdogmatika és értékelő jogtudomány.....	
1.3. Martin Kriele - észjogi alapok és normahipotézisek.....	
2. Jürgen Habermas jogelmélete.....	
2.1. Habermas jogkoncepciójának elemei.....	
2.2. Az emberi jogok és a demokrácia feszültségei.....	
2.3. Az alapjogok katalógusa - Habermas republikánus hitvallása.....	
2.4. A kommunikatív hatalom.....	
2.5. Alkotmánybíráskodás, jog és politika.....	
<b>VIII. Az amerikai jogelmélet.....</b>	

1. Az amerikai jogelmélet fejlődési szakaszai.....
  - 1.1. Az amerikai jogelmélet fejlődése 1870-1970 között.....
  - 1.2. Mai jogelméleti irányzatok.....
2. A gazdasági jogfelfogás és Richard Posner jogelmélete.....
  - 2.1. A jog gazdasági elmélete .....
    - 2.1.1. A piaci logika kiterjesztése.....
    - 2.1.2. A jog gazdasági elmélete.....
    - 2.1.3. A jog gazdasági elméletének értékelése.....
  - 2.2. Richard Posner jogelmélete.....
    - 2.2.1. Bevezetés.....
    - 2.2.2. A juriszprudencia problémái Posnernél.....
    - 2.2.3. Posner a jog átmoralizálása ellen.....
    - 2.2.4. Posner elméletének társadalmelméleti premisszái.....
    - 2.2.5. Posner mint bíró.....
3. A posztmodern-kritikai jogelmélet.....
  - 3.1. A kritikai jogi tanulmányok elmélete.....
  - 3.2. Duncan Kennedy baloldali-kritikai jogelmélete.....
  - 3.3. A tudományszociológia mint kritikai fegyver.....
4. Az originalista és a textualista jogelmélet.....
  1. A szándékkutató jogértelmezés térnyerése.....
  2. A textualizmus térhódítása.....
  3. Scalia textualizmusának értékelése.....

## **Harmadik Rész: Jogsociológia.....**

### **IX. fejezet - A jogsociológiai szemléletmódja és kialakulása.....**

1. A jogsociológiai ténykutatás egy veszélye: az átpolitizálódás kísértete.....
2. A jogsociológiai szemléletmód kialakulása.....
3. A jogsociológia intézményesülése.....
4. A magyar jogsociológia intézményesülése.....

### **X. fejezet – A jogsociológia néhány alapproblémája.....**

1. A jog és a jogászság expanziója.....
  - 1.1 Általános megfontolások.....
  - 1.2. A nyugati országok jogászságának bővülése.....
  - 1.3. A közép-kelet-európai országok jogászságának bővülése.....
2. A perszociológia kérdései.....
  - 2.1. A pergyakoriság általános kérdései.....
  - 2.2. Pergyakoriság az egyes országokban.....
  - 2.3. A perek időtartama .....
  - 2.4. A per tényoldala.....
    - 2.4.1. A tényoldal terjedelme.....
    - 2.4.2. Az esküdtszékek ténymegállapító szerepe.....
3. A jog kikerülésének útjai.....
  - 3.1. A konfliktustól a jogi vitáig.....
  - 3.2. A bírói út elkerülése: mediálás és arbitrázs.....

3.3. A per végigvitelének elkerülése: az egyezségkötés.....	
3.4. A jogi vita továbbvitele: a fellebbezések aránya.....	
4. A joghoz jutás és ennek korlátjai.....	
4.1. Jogkonceptciók és a joghoz jutás modelljei.....	
4.2. A bírói szerep eltérésének hatásai.....	
4.3. A perköltség hatása a joghoz jutásra.....	
4.4. Az állami és a jótékonyági jogsegély formái.....	
4.1. Kirendelt védő a büntetőeljárásban.....	
4.2. A jogsegély formái a magánjogi perekben.....	
4.3. Állami jogsegélyek a bírósági eljárásokon kívüli jogi tanácsadásban....	
5. Az amerikai kártérítési expanzió jogszociológiai elemzése.....	
1. Az amerikai kártérítési jog és ennek átalakulása.....	
2. A kártérítés expanziója és ennek tényleges hatásai.....	
6. A jogi eszmék szociológiája.....	
1. A jogi eszmék szociológiai háttere.....	
2. A természetjog jogszociológiai megközelítése .....	
2.1. A természetjogi eszme fejlődésének vázlata.....	
2.2. A társadalmi folyamatok pozitíválódása.....	
2.3. Az emberi jogok mai szociológiai funkciója.....	
<b>X. fejezet – Empirikus jogszociológia - a bírói döntés szociológiája.....</b>	
1. A német bírói tevékenység megfigyelése.....	
2. A magyar bírói tevékenység megfigyelése.....	



## Előszó

A kötetben a jog átfogó elméletét igyekeztem kibontani. A társadalomelméleti kiindulópontokat ehhez elsősorban Niklas Luhmann elméletére alapoztam, és ennek megfelelően a társadalmat mint az átfogó valóság értelmi rendszerképződését vettem alapul. Tőle eltérően azonban a társadalom uralmi szerkezetét is igyekeztem beemelni társadalomelméleti összegzésembe, és a jog elemzésénél is igyekszem figyelemmel lenni az össztársadalmi szinten uralkodó csoportok jog feletti meghatározására.

A luhmanni elméletből következő kiindulópont szerint a fizikai és biológiai rendszerek bázisán a társadalmiság az egyes egyének pszichikai rendszerein keresztül emelkedik ki önálló rendszerszintként. A stabil szerveződések anyagát itt már csak az értelem és ennek rögzítődései adják. A fogalmakká, disztinkciókká, cselekvési mintákká és normákká rögzítődött értelem adja a társadalom sajátos anyagát. Ez a gondolati vonal Diltheyig, Husserlig megy vissza, de Luhmann ezt a gondolati szálat a komplex rendszerek elméleteivel ötvözte, és én ebben a formában használtam fel elméleti munkáimban. Nem követtem azonban Luhmann-nak azt az elméleti fordulatát, amely az 1970-es évek végétől egyre inkább eltolta elemzéseit az autopoietikus rendszerkonceptió felé. Ezzel a fordulattal ugyanis fokozatosan háttérbe szorultak írásaiban a társadalmi képződmények stabil struktúrái, és megítélésem szerint egy sor korábbi meglátása veszendőbe ment. Társadalomelméleti szinten a Luhmann-tól való distanciálódásomat, de korai munkáiban rejlő belátásaihoz való ragaszkodásomat az első kötet elemzései jól mutatják, így ebben a kötetben már nem kellett részletesen kitérni erre.

A szűkebben a jogra vonatkozó elemzéseim a kisebb tanulmányok mellett három kötetben jelentek meg az 1990-es évek elejétől (Pokol 1991, 1994, 2000) E kötetek lépésről-lépésre bontották ki a jog értelmi rendszerszerűségét, és a komplex jogrendszer belső értelmi rétegeit. A kezdeti tanulmányok - még az 1980-as évek végén - Luhmann elméleti jogszociológiáján és jogdogmatikára vonatkozó elméletén nyugodtak, és ehhez különösen Karl Larenz és Josef Esser monográfiai adták a kiegészítést a jog belső szerkezetének feltárása közben. Ekkor fogalmazódott meg bennem a jog többretegűségének koncepciója, és már ennek alapján találkoztam 1989-es német tanulmányutamon az alkotmányos alapjogok növekvő szerepével a modern jogrendszerekben. Magyarországon ekkor még nem volt alkotmánybíráskodás, és épp ennek elismertetéséért küzdöttünk a többpárti demokráciára áttérés közben, így első írásaimban az alapjogi réteg többi jogréteg közé való harmonikus beillesztésére törekedtem. Csak amikor a hazai alkotmánybíráskodás megindult, és a világon egyedülálló szintű aktivizmusig jutott le a '90-es évek elején, kezdtem mélyebben megérteni az itt rejlő problémákat, és ettől kezdve kritikusabb hangsúlyokat kaptak az elemzéseimben az alapjogi rétegnek a többi jogréteg rovására megnyilvánuló

túlzásai. Az amerikai jogelméleti irányzatok belső harcainak és az amerikai “alapjogi forradalom” jog egészét veszélyeztető fejleményeinek mélyebb megismerése a későbbi kutatásaim során alakította ki végül azokat a fenntartásaimat, melyek a kötet elemzéseiben - az alapjogok szerepének elismerése - mellett állandóan megjelennek az aktivista alapjogi bíraskodással szemben.

Az így elkészült első jogelméleti összegzésemet „A jog elmélete” címmel jelentettem meg 2001-ben a Rejtjel Kiadónál, és az ennek folytatásaként elkészített „Jogszociológiai vizsgálódások” című kötetem ugyanitt jelent meg 2003-ban. A mostani kötet megírásakor ez utóbbi kötetet az előbbi összegzés végére illesztettem, és ez azért is indokolt, mert elemzéseimben a jog elméleti és szociológiai aspektusai nem válnak el mereven, és a tulajdonképpen egy szociológiai jogelméletet igyekeztem mindvégig megírni. Így együtt jobban kibomlik a kötetben a jogrendszer teljessége.

Az összefoglalás mellett azonban néhány helyen módosítottam a szöveget, az azóta folytatott kutatásaim alapján, illetve néhány kisebb részt illesztettem be a korábbi elemzések mellé.

Budapest 2004. május 15.

## I. fejezet A jog rétegei

### 1. A jogrendszer és a jog fogalma

A jogelméletéről szóló rendszeres monográfiák hagyományosan a jog fogalmának kifejtésével kezdődnek, és az egyes fejezetek ezután a jog fogalmában levő főbb komponenseket bontják ki. Ez a hagyomány a didaktikus előadásmód szükségletei miatt helyesnek mondható, és alapvetően itt is követjük ezt. Ám általános társadalomelméleti háttérünk alapján (lásd Luhmann 1984; Pokol 1999) a komplex társadalom keretei között minden társadalmi méretű funkcióra irányuló tömeges tevékenységet rendszerként látunk megragadhatónak, *így a jog fogalmának kifejtése adekvát módon csak a jogrendszer fogalma lehet.* A jogrendszer fogalmának kibontása után kerülhet sor - a hagyományos jogászai gondolkodásnak engedve - a kevésbé pontos "jog" fogalmának összefoglalására, amely tulajdonképpen a jogrendszer fogalmának gondolatilag lazább megismétlése.

#### 1.1. A társadalmi valóság mibenléte: az értelmi valóság

A jogrendszer a társadalom egyik funkcionális alrendszere, mint ahogy a tudomány, a politika, a tömegkommunikáció, az egészségügy stb. is ilyen alrendszert jelentenek. Ezért először a társadalom "működési anyagát" kell tisztázni, amely minden társadalmi alrendszer anyagát jelenti, elkülönülve a társadalmon túli (vagy evolucionáriusan kifejezve: a társadalmi valóság alatti) természeti valóság anyagától. Majd ezután közelíthetünk a jogrendszer belső összetevőihöz.

A természeti valóság körülményei között élve hajlamosak vagyunk arra, hogy a társadalmi jelenségeket is a fizikai valóság tárgyaival összefonva és arra koncentrálni ragadjuk meg. Például, hogy egy-egy várost, egy-egy népet földrajzi környezetével azonosítsunk, és általában öntudatlanul is a fizikai és a biológiai körülményekhez kössük a megfigyelt társadalmi jelenség valóságát. Pl. a múzeumot a jellegzetes épülete, az egyetemet a katedra és az előadóterem jeleníti meg. Ám a társadalmi jelenségek valósága csak ráépül ezekre, és minél fejlettebb szintre érkezik a társadalom működése, annál inkább csak előfeltételként használja a fizikai és a biológiai lét körülményeit, és kibontja a társadalmi valóság sajátos anyagát. *Ez pedig az értelmi összefüggések sajátos létét jelenti, amely az emberek közötti kommunikációkban él, illetve normákban, fogalmakban, ezeket kifejező szimbólumokban kap tartós létet.*

A tudattal rendelkező emberek születésük utáni rövid - de a társadalmi fejlődés magasabb szintjein egyre hosszabbodó - szocializációjukban elsajátítják a természeti és a társadalmi valóságot tagoló fogalmakat, kifejezéseket és a kezelésükhöz szükséges műveleteket, melyeket a korábbi generációk alkottak meg. A közösen használt fogalmak stabil tagolást adnak a társadalmi valóságnak is, így a fogalmak értelmi puhasága eltűnik, és az eltérő fogalmakkal eltérő tagolás lehetősége rendszerint fel sem merül. Így jön létre a társadalmi valóság fogalmakkal, kategóriákkal, normákkal rögzített értelmi felépítettsége ellenére a "fizikai keménységű" társadalmi valóság elképzelése és ennek a természeti valóság meghosszabbításaként való felfogása (lásd Berger-Luckman 1996; Karácsony 1996). Különösen az egyszerű társadalmak körülményei között alakul ki az az

elképzelés, hogy a társadalmi jelenségek, normák éppoly örök időkre alkotottak, mint a természeti okozatiság törvényei. A modern, fejlett társadalom keretei között azonban a társadalmi intézmények "alkotott" jellege és folyamatos újra alkotásuk mechanizmusai egyre láthatóbb alakot öltenek, és ezzel a társadalmi valóság értelmi felépítettsége egyre szembeötlőbbé válik. Hibás tehát a társadalmi képződmények - kommunikatív gyakorlatról független - "objektív" létének tézise, de téves az is, ha teljesen tagadják e képződményeknek az egyedi gondolati és nyelvi aktusokról való függetlenségét. A társadalmi képződmények létrelevanciájának foka e két véglet között mindig konkrét vizsgálat alapján dönthető el (lásd ennek kifejtését: Pokol 1999:106-116).

A XX. század elején ez a fejlődés vezetett - különösen a német tudományban - a sajátos társadalmi valóságnak a természeti valóságtól elválasztásához, és a társadalmi valóságot értelmi valósággént ragadják meg. Ez a tudományos fejlődés Dilthey, Edmund Husserl majd Alfred Schütz nyomán az egész társadalomelméleti gondolkodásban bevetté vált (összefoglalóan ehhez lásd Hernádi 1984).

## **1.2. A társadalom funkcionális alrendszerei mint értelmi rendszerek**

A társadalmi fejlődés előrehaladtával a társadalmi közösségek a fennállásukhoz szükséges alapvető funkciókat csak úgy tudják megfelelően ellátni, ha egymástól elkülönülnek az egyes funkciókra irányuló tömeges tevékenységek. Hogy csak a legfontosabbakat említsük utalni kell arra, hogy például egyfajta közösségi ügyintézés - védelem, rendfenntartás - szükséglete valamilyen állami-politikai tevékenységet minden közösségben megkövetel, vagy ugyanígy a felbukkanó konfliktusok az emberek között igazságszolgáltatási intézményeket igényelnek, vagy például a mindenkori újonnan belépőket szocializálni kell, és ez valamilyen oktatás felé ösztönöz, és még lehetne sorolni a társadalom alapvető funkcióit, melyeket valamilyen módon minden közösségnek meg kell oldani ahhoz, hogy fenn tudjon maradni.

Kezdetleges szinten ezek a funkciók a családon belül, a szomszédsági viszonyokban vagy egy falu egészében különösebb társadalmi intézmények nélkül is megoldódnak, de minél magasabb szintre fejlődik a társadalom, és a zárt falvakban élő emberek minél inkább az átfogóbb-személytelenebb társadalomban élnek, ezeket a funkciókat annál inkább csak önálló funkcionális alrendszerek tudják ellátni. Így látható az állami politika, a jog, a tudomány, a gazdaság, az oktatás, az egészségügyi szféra, a tömegkommunikáció funkcionális elkülönülése a történelem folyamán, és a magasan fejlett társadalmak csak ezen alrendszerek önálló működése illetve kiegyensúlyozott kapcsolatuk révén tudnak fennállni.

A társadalom értelmi felépítettsége ezzel a funkcionális elkülönülési folyamattal egyre inkább az önálló értelmi alrendszereket jelentő jogi alrendszer, politikai alrendszer, a tudomány rendszere stb. által formálódik. Jelezni kell még, hogy a társadalmi fejlődéssel nem csak az egyes társadalmi alapfunkciókra szakosodott társadalmi alrendszerek válnak szét, és bontják ki belső értelmi összefüggéseiket, hanem ezek egyre inkább professzionalizálódnak, és ezzel kiemelkednek a mindennapi élet világából (lásd Pokol 1990). Az egyes ember csak hosszabb szocializációval, élethivatásszerű szakosodással jut el oda, hogy egy-egy professzionális alrendszerben tevékenykedni tudjon, és az osztársadalom fejlettségét az adja, hogy alapfunkcióit a professzionalizálódott jogászok, politikusok, vállalkozók, írók, művészek, orvosok stb. végzik a mindennapi élet laikus tevékenységei fölé emelkedett funkcionális alrendszerekben.

Egy-egy funkcionális alrendszer külön tartását a többitől (és a mindennapi élet szerveződéseitől) az biztosítja, hogy a valóság eseményeit egy saját, csak rá jellemző értékduálon keresztül dolgozza fel. Ez a saját értékduál (vagy más kifejezéssel: bináris kód) lehetővé teszi, hogy az adott alrendszer által ellátott társadalmi funkció oldaláról fogalmazza meg az összefüggéseket, és tennivalókat. Például a tudomány az igaz/hamis értékduál mellett dolgozza fel a valóságot, a gazdaság a rentábilis/nem rentábilis értékduállal, a demokratikus politika a "kormányra jutni/ellenzékbe menni" duállal, a jog a jogos/jogtalan metszetben teszi ugyanezt. Az egyes alrendszereken belüli fogalmak, gondolkodási sémák, összefüggések létesítése már a saját értékduál által meghatározott, és ezzel a valóság egy sajátos metszetben történő feldolgozását teszi lehetővé. A társadalom értelmi felépítettsége így az egyes alapfunkciók szerint működő értelmi alrendszerekből tevődik össze, illetve az egyes professzionális alrendszerekben létrehozott fogalmak, gondolkodási sémák egy közvetítésen keresztül - egyszerűsített formában - átkerülnek a mindennapi életbe mint az "általános műveltség" része, ezzel feljavítva a mindennapi gondolkodást. Mindez lehetővé teszi, hogy bonyolultabb társadalom is fenn tudjon maradni, szemben azzal a szerveződéssel, amely csak egyszerű társadalom fennállására alkalmas, amikor minden funkciót diffúzan összefonódó társadalmi tevékenységek és ezek intézményei látnak el. Pl. a királyi udvar a középkorban katonai, bírói, vallási, gazdaságirányítási stb. tevékenységeknek együtt volt az intézménye, vagy egy kolostor is vallási, gazdasági, oktatási, tudományos stb. tevékenységek együttes intézménye volt, és ez nem tette lehetővé az egyes tevékenységek funkcionális differenciálódását. Egyszerűbb társadalmi képződmény és elementáris funkcióellátás így is lehetséges, de a komplex társadalmi intézmények szintjének elérésére ezek már nem alkalmasak.

A modern társadalmakat kutatva tehát *funkcionálisan elkülönült értelmi rendszerekkel* kell foglalkoznunk, melyek központi értékduáljuk mentén egy-egy önálló logikát bontanak ki, és ez alapján magasabb szinten tudják biztosítani a társadalom működését.

Ez a funkcionális elkülönülés és a saját logika szerinti működés azonban csak annak korlátai között lehetséges, melyet az össztársadalmi szinten uralkodó embercsoport (elit, osztály) uralmi mechanizmusai megengednek. Az európai - és az ebből kinövő amerikai - társadalmak az 1900-as évekre létrehoztak egy uralmi szerkezetet, amely a periodikusan visszatérő választásokra alapozva csak korlátok között teszi lehetővé az össztársadalmi szinten uralmi helyzetet elfoglaló embercsoport számára a társadalom vezetését. Korlátok között és egy sor rejtett mechanizmus révén azonban ez az uralom létezik, és míg ennek korlátozottsága a funkcionális differenciálódások előfeltétele, addig az össztársadalmi szinten uralkodó csoport létezése csak részben engedi a funkcionális alrendszerek önálló logikák szerinti működését. Az össztársadalmilag uralkodó csoport pedig - mint az első kötetben ez részletes elemzésre került - a pénzmechanizmusok feletti rendelkezés révén tudja ezt a pozíciót betölteni.

### 1.3. A jog mint értelmi rendszer

A jog a társadalom tagjai és szervezetei közötti konfliktusok elkerülésére, létrejöttük esetében pedig azok feloldására a jogos/jogtalan metszetben dolgozza fel a valóságot, és ennek eredményeként a társadalom tagjai számára normatív támpontokat ad az egymás közötti viszonyokban való viselkedéshez. Megmondja hogyan kell cselekedni egy-egy szituációban, mit szabad, mit nem szabad tenni. A magatartási normák megsértéséhez pedig következményeket (szankciókat) fűz, ami végső fokon az államhatalmi szervek által gyakorolt erőszak alkalmazásában nyilvánul meg. *A jog tehát legáltalánosabban megfogalmazva állami kényszerrel is*

*alátámasztott magatartási normákat jelent.*

Természetesen a jogon kívül más normák is léteznek (az udvariasság szabályai a legkülönbözőbb helyzetekre, vagy a higiénia szabályai és egy sor erkölcsi és szokásnorma a különböző közösségekben) amelyek be nem tartását az adott közösség szankcionálja - például helytelenítéssel, vagy akár kiközösítéssel - de ezek mögött állami kényszer nem áll, így nem jogi normák.

Általános megfogalmazásban a jog mint norma írható le, de jelezni kell, hogy az egyes normák között többé-kevésbé ellentmondásmentességet kell biztosítani ahhoz, hogy az államtársadalomban a konfliktusok elkerülhetők és feloldhatók legyenek. *Vagyis a jogi normák csak egymásra tekintettel kialakított normák rendszereként tudnak hatékonyan működni.* A jogfejlődés tanúsága szerint pl. az európai jogfejlődés korai középkori szakaszától több száz év alatt az 1800-as évekre egyre szisztematikusabb rendszerré váltak az egyes országok jogi normái, belső jogágakra, ezen belül is egymást kiegészítő jogintézményekre elkülönülve.

Az ellentmondásmentesség szükséglete együtt növekszik a jogban a társadalom fejlettségével, és a komplex társadalmak bonyolult működése csak az ellentmondásmentesség magas foka mellett lehetséges. Ezt tudja a jogi normák rendszerszerűsége biztosítani. Az egyre sűrűbb társadalmi viszonyok valamint az emberek és szervezetek milliói közti egyre intenzívebb érintkezések mellett - szemben például a korábbi társadalmi fejlettségi szinten a zárt falvakban élő kisközösségek változatlan viszonyai által támasztott követelményekkel - a jogi normák rendszerszerűségét ma már csak egyre bonyolultabb jogrendszerek teszik lehetővé. A korai középkor Európájában például a jogszolgáltatást lényegében egyedül a bírúk jelentették - akik hosszú ideig nem is voltak képzett jogászok -, és az ő döntéseikből szilárdult meg az adott ország joga évszázadokra mint szokásjog. A későbbiekben viszont már egyre inkább kiszakadt a tudatos jogalkotás a bírói jogszolgáltatásból - eleinte szokásjogi kódexek, majd egyre tudatosabban alakított új kódexek létrehozásával -, és ezzel párhuzamosan a pontosabb jogi fogalmak kidolgozására a jogtudomány is egyre markánsabban megjelent. A felvilágosodás folyamán már a különálló törvényhozás, a törvényeknek alávetett bírói jogalkalmazás és a jogi doktrínák, fogalmak kidolgozását végző jogtudomány tevékenysége együtt jelenti a jog rendszerét.

A jogi normák rendszere mint értelmi rendszer így egyre inkább *mint három jogréteg együttes terméke* tud működni az utóbbi évszázadok modern társadalmában. A jogalkotási folyamatokban alakuló *szövegréteg*, a jogi szövegben levő fogalmak, kategóriák, disztinkciók értelmi összefüggéseit tisztázó és kidolgozó jogtudósok *jogdogmatikai rétege*, és végül a jogot az egyes esetekre alkalmazó-pontosító bírúk *eseti jogrétege* adja a jogrendszer három rétegét az 1800-as évektől kezdve.

E három jogréteg közötti arányok eltérők lehetnek az egyes jogrendszerekben. Például az angol jogrendszer, amely a bírói eseti jogra alapozódva fejlődött döntő mértékben - és az 1800-as évek második felétől teret nyerő parlamenti törvények is az eseti-részletező szabályozási technikát alkalmazzák és nem absztraktabb normákat adnak, ahogy az európai kontinens jogrendszerei - nem épített ki fejlett jogdogmatikai réteget, de épp a részletes-konkrét szabályozási mód miatt nem válik el erősen a bírói eseti jog sem a törvények szövegrétegének értelmi szintjétől (lásd Dawson 1968). Itt a jogot lényegében az esetekre szabott bírói precedensek, illetve az ugyanígy esetekre szabott konkrét és részletező törvényi rendelkezések együtt jelentik - mint egyetlen jogréteg két fele. Noha jelezni kell, hogy bizonyos jogdogmatikai fogalmi készlet azért az angol jogrendszerben is létezik, de ez nem annyira átható jelentőségű ott, mint a kontinentális absztrakt kódexjogban.

A kontinentális Európa jogrendszereiben azonban a három jogrétegre bomlás

markánsan megjelenik, és azt lehet mondani, hogy minél erősebb egy jogrendszerben a jogdogmatikai réteg szerepe, és ezáltal az absztrakt kódexjog, annál inkább rászorul a bírói eseti joggal való kiegészítésre. Ennek legtisztább példája a német jog, de az ennek hatása alatt fejlődött jogrendszerek - így a magyar is - jól mutatják a jogrendszer három jogrétegre bomlását. Ebben a megoldásban a jogi normák értelmi meghatározása erősen átcsúszik a törvényhozóról a jogtudományi körökre, és az általuk kialakított absztrakt kódexjoghoz csak kevés meghatározást tudnak fűzni a parlamenti politikusok a törvényszövegek elfogadásánál. Ám másik oldalról a bírák nyitott normákat kapnak, és így az eseti jog kialakításában nagy szabadságuk van az absztrakt szöveg rendelkezéseinek keretei között. Vagyis ebben az elrendezésben a jog értelmi meghatározásában a súlypont eltolódik a parlamenti politikától, és a jogtudósi körök illetve a bírói kar kapnak nagyobb szerepet. Nem vitás azonban, hogy így a professzionális jogászok kezébe kerül erősebben a jog, míg az említett angol megoldásnál a jogászok mellett a parlamenti politikusoknak is komolyabb befolyásuk van a jog meghatározására.

Ha az angol jogot a kontinentális joggal ütköztetjük, akkor azt is láthatjuk, hogy míg az angol részletező jogi normák döntő mértékben szabálypontosságú normákat jelentenek az egyes szituációkban cselekvők számára, addig az absztrakt jogi kódexekre épülő kontinentális jogrendszerek sokszor csak jogelvi szinten adnak iránymutatást az egyes helyzetekben követendő magatartásra. *Csak a pontosító bírói eseti jog kiegészítő jogrétege mutatja meg, hogy mi is az adott helyzetben a "jogos", és kinek a cselekvését támasztja alá a jog akár állami kényszerrel is.* Vagyis a szabálypontosságú angol joggal szemben az absztrakt jogelvi normatív anyag és az ezeket pontosító bírói eseti jog kettőse adja az alternatívát a kontinentális európai jogrendszerekben, és a két eltérő megoldás mint a modern társadalmak szabályozási szükségletére adott két válasz fogalmazható meg.

E hagyományos jogrétegek mellett az utóbbi fél évszázadban egy újabb jogréteg jelent meg több ország jogrendszerében, és ennek megjelenése átstrukturálja bizonyos fokig a jog hagyományos rétegeit is. *Ez az alkotmányos alapjogi réteg,* amely csak ott jelenik meg önálló jogréteggént, ahol az írott alkotmány mellett kialakul az alkotmánybíráskodás. Eleinte ez csak az Egyesült Államokra volt jellemző az 1800-as évek elejétől, majd az 1950-es évektől folyamatosan több nyugat-európai országban is megjelent, és az 1989-es közép-európai demokratizálódási hullámban a legtöbb új demokráciában is bevezették az alkotmánybíráskodást.

Az alkotmányos alapjogok eredetileg a feudalizmus elleni ideológiai-politikai küzdelemben emberi jogokként jelentek meg, különböző politikai, humanitárius követelményeket megfogalmazva, és a XIX. ill. a XX. században kerültek bele az állami alkotmányokba. Amikor az alkotmánybíráskodás is elkezdődött rájuk alapozva, és egy-egy konkrét törvényi rendelkezést kezdtek hozzájuk mérni, megvizsgálva ezek esetleges alkotmányellenességét, akkor vált nyilvánvalóvá, hogy absztrakt követelményként ugyan problémamentesen irányítani tudják az alapjogok az állami döntéseket, de ha konkrét eseti jogokat akarnak megállapítani a segítségükkel, akkor az egyes alapjogok eltérő és egymással szembenálló döntési irányok felé ösztönöznek. *Vagyis eseti szinten ezek az alapjogok sokszor ellentmondásosak, és csak valamelyik visszafogásával, a másik alapjog előnyben részesítésével alkalmazhatók.* Ám ha más bírák döntenek, és másik alapjognak adnak előnyt, akkor épp ellentétes eredményre jutnak majd, és így kiszámíthatatlan alkotmánybíráskodás igazgatja sokszor a jogot. Hisz az egyes bírói belső értékhierarchiája dönti el, hogy ő mely jogokat tekinti előbbre valóknak a többinél.

E probléma ellenére, ha az alkotmányos alapjogok rétege csak a törvényhozás és a jogalkotás felé irányul, és ez a jogréteg csak az itteni alternatíva-választásokat irányítja, akkor többéves alkotmánybíráskodási döntési anyaggal többé-kevésbé tisztázott döntési támpontokkal lehet ellátni az alapjogokat, és egy következetes

szempontrendszerrel (tesztekkel, belső mércékkel) csökkenteni lehet az ellentmondásokat közöttük. Persze csak akkor, ha a mögöttes jogászörök közvéleménye is nyomást gyakorol az alkotmánybírákra a kidolgozott szempontrendszerhez való következetes ragaszkodás érdekében. Ebben az esetben az alkotmányos alapjogok és az alkotmányból kioldott alkotmányos alapelvek a jogalkotást "felülről" határozzák meg, a legabsztraktabb normatív támpontok révén, és nem engedik, hogy az empirikus népakarat többsége által esetleg elfogadott, de hosszabb távú civilizációs követelményekbe ütköző irányokba tolják el a törvényi rendelkezéseket.

Nagyobb a probléma akkor, ha az absztrakt és ellentmondásos alkotmányos alapjogok és alapelvek erősebben kezdik kiszorítani a hagyományos eseti jogi szemléletmóddal dolgozó jogági jogdogmatikai tevékenységet, és e helyett az absztrakt alapjogokból-alapelvekből levezetett jogági fogalomképzések jönnek létre. A jogtörténetben ez már egyszer létezett az 1700-as években és az 1800-as évek elején, amikor a kialakuló jogági szabályozásokat és fogalmakat az észjogi és a természetjogi elvekből igyekeztek levezetni deduktívan. Egy komplex társadalom gyorsan változó viszonyait ez az "örökkévaló létre" szóló jogi érvelés és gondolkodás képtelen volt szabályozni, így az 1800-as évek közepére elhalt ez a módszer, de az elmúlt években az alkotmánybíráskodás és az "alkotmányjogiasítás" eltűléseik részben újjá élesztették ezeket a törekvéseket egyes jogászörökben.

Még nagyobb a probléma akkor, ha a bírói jogalkalmazás felé is közvetlenül kezdenek hatni az alkotmányos alapjogok, esetleg a vonatkozó törvényi rendelkezéseket félre is lehet tolni mint alkotmányelleneseket valamelyik alapjogra hivatkozva, és az alapjogokból közvetlenül lehet ítéletet mondani. Néhány évig ebbe az irányba tolódott el az Egyesült Államok jogszolgáltatása az 1950-es évek közepétől, de az 1970-es évekre a felmerült problémák miatt ezt erőteljesen visszametsztették.

Mindenesetre, ha a törvényhozás felé hatnak az alkotmányos alapjogok, akkor azokat mint a hagyományos három jogréteg fölé került új jogréteget lehet felfogni ezeket. A legtöbb országban pedig, ahol megjelent az alkotmánybíráskodás, ez a jellemző.

Fő különbség az alkotmányos alapjogok, alapelvek és az egyes jogági szabályokból absztrahált jogági alapelvek között, hogy ez utóbbiak ellentmondásmentes értelmi egységet alkotnak, tulajdonképpen a konkrét jogági szabályok absztrakt értelmi rendjét tartalmazzák összefogott formában. Ezzel szemben az alkotmányos alapelvek és alapjogok nem tudnak ellentmondásmentes értelmi rendszert alkotni még akkor sem, ha belső tesztekkel-mércékkel konkretizálják is őket egy-egy jogrendszer alkotmánybírái. Pl. a méhmagzat életének elvétele az abortusz lehetővé tételével soha nem békíthető össze az anyának a saját teste feletti rendelkezési jogával, személyisége kibontakoztatásának jogával, ha ő az abortusz útján kíván megszabadulni a nem kívánt terhességétől. Ilyen ellentmondásokban mindig csak az alkotmánybírák értékei döntenek majd, és más bírák más értékhierarchiája más és más irányba viszi az ezzel kapcsolatos döntéseket, de megnyugtató módon soha nem adható ebben az alapjogi ütközésben végleges válasz. S ha nem is ilyen nyilvánvalóan, de majd minden alapjogi ütközésnél ez a helyzet áll elő.

#### 1.4. A jogrendszer fogalma

Az előbbi leírásból látható, hogy *a jog egy értelmi rendszer, amely egyrészt a társadalom tagjainak és szervezeteinek érintkezéseiben érvényesülő, végső fokon*



állami kényszerrel is alátámasztott normákat - alapjogokat, alkotmányos alapelveket, jogelveket, jogági elveket, törvényi és rendeleti szabályokat, bírói eseti jogi normákat -, másrészt az ezek által használt jogdogmatikai fogalmakat tartalmazza. Az egyes országok jogrendszere eltérő arányban bomlik szét az értelmi összefüggésrendszere felépítésében a szövegrétegre, a jogdogmatikai rétegre és a bírói eseti jogi rétegre, illetve engedi fölöttük az alkotmányos alapjogok rétegének kialakulását. A kiszámítható jogszolgáltatás biztosítása a komplex társadalmak viszonyai között bizonyos optimális arányokat követel meg az egyes jogrétegek súlyát illetően. Így egy jogdogmatikai réteg jelenléte és ezzel a törvényi rendelkezések absztraktabb síkra emelése - a rendszeresség és a rugalmasság érdekében - modernizációs követelménynek tűnik. Bizonyos fokig még az angol jog is ebbe az irányba toldott el az elmúlt évtizedekben, noha a kontinentális európai jogrendszerek jogdogmatikára építettségének szintjére máig sem jutott el. Ugyanígy az absztrakt és jogdogmatikára épülő kódexjog a bírói eseti jogi pontosítás nélkül nem tudna kiszámítható jogszolgáltatást nyújtani, és látható is az elmúlt évtizedekben a legtöbb kontinentális jogrendszerben a bírói eseti jog szerepének növekedése (lásd MacCormick/Summers 1991; 1997). Végül az alkotmányos alapjogok és alapelvek rétege mint a hagyományos jogrétegek fölé települt új jogréteg optimális csak akkor lehet, ha hatása a törvényhozás felé irányul, és nem terjed túl a bírói jogalkalmazás felé. Ebben az esetben a hagyományos jogrétegeket és a kiszámítható jogdogmatikai pontosításokat alapvetően nem veszélyezteti, ám hosszabb távú civilizációs követelmények beépítését biztosítja a jogba a jogalkotás ellenőrzése útján.

## 1.5. A jog fogalma

Pontosabban - azaz társadalomtudományi szinten rögzítve - a jog mint jogrendszer ragadható meg, de a jogászai hagyományt követve lazábban is megadható a jog fogalma az előbbi elemzés fogalmi elemeinek segítségével. *A jog normák és az általuk használt jogdogmatikai fogalmak rendszere, melyeket legáltalánosabb szinten az alkotmányos alapjogok és alapelvek, illetve az ezek alapján döntő alkotmánybírák határoznak meg, e keretek között pedig a törvényhozók és más jogalkotó testületek alkotnak meg a jogdogmatikai fogalmak összefüggései alapján. Ezek alapján felsőbbbíróságok, különösen a legfelsőbb bírói fórum bírái eseti joggal pontosítják az absztraktabb normákat, és rájuk alapozva jönnek létre az egyedi bírói és hatósági döntések, melyeket végső soron állami kényszer is megvalósít.*

## 2. A jog rétegeinek felépülése

A kötet egésze a jog rétegeinek történeti kifejlődésével, az egyes rétegek belső sajátosságaival és egymáshoz kapcsolódásaival foglalkozik, de ebben a részben a jogrétegek néhány általános kérdéséről kívánunk beszélni, hogy a részletes fejtegetések megalapozásaként a többretegű jogról egy általános vázlat rendelkezésre álljon.

### 2.1. A modern jogrendszer binaritása

A társadalom egészén belül ellátandó legfontosabb funkciókra specifikált értékszempontokon orientálódó tevékenységszférák különültek el az európai

fejlődésben az elmúlt két évszázadban egyre gyorsulóbban. A társadalom jogi intézményrendszere esetében jól megragadhatóak azok a tendenciák, amelyek a diffúz beágyazottságból és értékszempontokon való orientálódásból a modern jog specifikált orientálódását: a jogos/jogtalan értékszempontra szűkülését létrehozták. Ez a fejlődés - vagy, ha szkeptikusak vagyunk a végeredménnyel szemben: változás - átrendezte a jogszolgáltatás politikai szférához fűződő kapcsolatait, az igazságossági szempontok érvényesítésének mechanizmusait a jogon belül, a jog és a mindennapi élet kapcsolatait éppúgy, mint az egyes jogi döntési szintek - jogalkotási, alkotmánybíráskodási, bírói - egymásra épülését, és nem utolsósorban a jogdogmatikai gondolkodás jogrendszeren belüli helyi értékét. A fejezetnek ebben a részében ebből az egy szempontból kívánjuk átnézni a komplex jogi alrendszer egyes mechanizmusait: hogyan érvényesül a modern jogi alrendszerekben a jogos/jogtalan értékszempont dominálása; hogyan kapcsolódik az így folyó tevékenység a morális-igazságossági és a politikai szempontokhoz; milyen szerkezeti problémák erednek a jog és a politika új kapcsolatából, és végül, hogyan érinti a jogrendszer összekapcsolódása a politika mindenkorai célrendszerével a jogdogmatikai fogalomképzés lehetőségeit.

## 2.2. Elméleti megfontolások

Megítélésünk szerint a modern jog lényeges strukturális jellemzőit lehet megragadni, ha absztraktabb fogalmi szintre emelkedve professzionális intézményrendszerként fogjuk fel a társadalom egy sor más intézményrendszere mellett. Egy konkrétabb szintre lépve azonban egy sor strukturális eltérést fedezhetünk fel az absztraktabb megközelítésben egyforma alrendszernek tekintett tevékenységszférák között. A jog, a politika és a tudomány összehasonlításával jól látható néhány ilyen strukturális különbség.

1. Az egyik ilyen eltérés e három alrendszer strukturális autonómiájának megvalósulásában látható. Míg ugyanis a tudomány és a politikai rendszerek esetében a rendszerszerű elkülönülés egyben strukturális autonómiájuk létrejöttét is jelentette, addig egy modern jogrendszerben - miközben az strukturálisan elkülönül a mindennapi élettől, éppúgy, mint a legtöbb professzionális intézményrendszertől - a jog tartalmának kialakításában a politika részvétele (parlamentari törvényhozás, kormány) kikerülhetetlen. Mint azt majd látni fogjuk, ezt a tendenciát egy sor elmélet támadja, mindenesetre az európai jog- és politikai fejlődésben több évszázadot kellene újrakezdeni, ha ezt a tendenciát visszafordítani, és a politikai jogalkotás helyén ismét a jogon belüli jogfejlesztési technikákat kívánnánk kizárólag preferálni.

Ha tehát a ténylegesen működő modern jogrendszereket akarjuk leírni, akkor a jogi szféra politikára való strukturális ráépülését kell itt kiemelni. Ez a ráépülés természetesen egy elkülönült eljárásban - a jogalkotási eljárásban - történik, így a politikai prioritások optimális esetben csak megfelelő transzformációval kerülnek át a jogi alrendszer belsejébe. Mint majd látni fogjuk, ebből egy sor feszültség keletkezik, ugyanakkor ez a közvetítési-transzformációs eljárás lehetővé teszi, hogy a jognak a politikával való egyre intenzívebb kapcsolata mellett a központi értékuál, a jogos/jogtalan nagyrészt dominálni tudjon a jogi szférán belül. Vagy más szóval: a közvetítési eljárás lehetővé teszi, hogy a jog mikrofolyamataiban lezáródjék a politika felé, miközben a jogi tartalmak kialakításában makroszinten egy specializált eljárásban egyre inkább összekapcsolódjék a jog és a politika. (Luhmann 1972:235).

2. Egy másik eltérés értékelési mechanizmusaikban mutatható ki. Mindegyiknek önálló értékelési mechanizmusa van, de ezeknek a mindennapi élet diffúzabb értékeléseitől való távolsága radikálisan különböző. A legautonómabb ebből a szempontból a tudomány értékelési mechanizmusa. A modern professzionális tudomány résztvevője számára értékelőként csak tudományos közösségeinek tagjai jöhetnek számításba; a tudományos reputáció a tanulmányoknak a tudósok által szerkesztett folyóiratokban való megjelenéséből származik, a tudományos díjakról, akadémiai címekről tudóstársaságok döntenek. (Hagstrom 1965.; Merton 1973.) A jog esetében már némileg korlátozott a jogos/jogtalan szerinti értékelési mechanizmus autonómiája. Az esetek nagy részében ugyanis a konfliktusban érintett állampolgár dönti el, hogy jogi útra tereli-e az ügyet, mozgásba hozva ezzel a professzionális jogi intézményrendszert, vagy kikerüli azt. A tudomány kutathat bármit, és ezt értékelhetik a releváns tudósközösségek, ám a jognál (legalábbis a magánjogi esetekben) ott áll az állampolgár perkezdeményezési szuverenitása (Luhmann 1981:40). Ha azonban megindította a jogi gépezetet, akkor a hivatásos jogalkalmazók már a jog belső értékelése alá vonják az adott ügyet, és a specifikált jogos/jogtalan értékszempont fogja uralni a döntési szelekciót. A politika esetében még inkább a mindennapi élet résztvevőinek értékeléséhez kötött az értékelési mechanizmus működése. A kompetitív politikai rendszerekben a "kormányon maradni/ellenzékbe menni" értékduál orientálja a professzionális politikusokat, de e fölött közvetlenül az állampolgárok döntenek. A modern politika tehát specifikált és önálló értékelési mechanizmust épített ki a választásokra való alapozódással, amelyet a közvélemény-kutatások és a politikai piac más jelzőrendszerei egészítenek ki, de az értékelés másik oldalán már nem a profi politikusok, hanem mindenkor az állampolgárok állnak.

Innen talán látható, hogy a társadalmi alrendszerek egységes fogalmi nyelve alatt eltérő strukturális felépítettség rejlik az egyes esetekben, így csak korlátozottan hozhatóak át az egyik alrendszeren belül nyert felismerések a másik alrendszer kutatásához. Az egységes fogalmi nyelvnek sokkal inkább abban van az előnye, hogy ezzel *összehasonlíthatóvá*, és így láthatóvá válnak olyan aspektusok, amelyek - külön-külön vizsgálva az egyes alrendszereket - észrevétlenek maradtak volna.

3. Így az összehasonlítás eredményeként bukkan elő az eltérés e három vizsgált intézményrendszer között a szervezeti rendszerképződés tekintetében. Röviden: a jogi szféra uralt leginkább a szervezeti rendszerképződés által, míg a politikai alrendszeren belül ennek némileg kisebb a szerepe, és a kompetíció szervezi a politika átfogóbb struktúráit, és végül a tudomány esetében a legkisebb a szervezettség szerepe. Ez utóbbiban az optimális az, ha az egyes tudósok egy adott szervezeten belül is egymás mellé rendeltségben és konkurenciában tevékenykednek, és a szervezeti keretek nem korlátozzák a spontán, átfogóbb szinten kialakuló tudományos közösségek értékelési-jutalmazási mechanizmusait. Ezt a modellt leginkább az amerikai egyetemek közelítik meg, de ennek megoldásai nagymértékben elterjedtek a legtöbb fejlett országban. (Parsons-Platt 1973.)

A professzionális jogi szféra tehát nagymértékben szervezeti rendszerképződés által uralt. Ebből a szempontból további különbségek figyelhetők meg a modern jogrendszerek két nagy belső része, a közigazgatási jogot alkalmazó rész és a hagyományos, magánjogi és büntetőjogi anyagot alkalmazó bírói szféra között. Míg a közigazgatás végső soron egyetlen hierarchikus szervezetrendszert jelent, amelyben - a jogi szabályozás réseiben - közvetlen alá-fölérendeltségi viszonyok találhatóak, addig a bírói szervezetrendszer esetében az egyes bírói döntési szintek között csak fellebbezési eljárások teremtenek összeköttetést. Ezen túl azonban minden bírói szinten az átfogóbb jogi szférában domináló jogos/jogtalan orientálja személytelenül és közvetlen szervezeti hierarchia nélkül az egyes bírói döntéseket. A jog e két része közötti különbség az utóbbi évszázadban sokat csökkent a közigazgatási bírászkodás kialakulásával és garanciáinak megteremtésével a nyugati

országokban. Ennek révén a közigazgatási hivatalnok jogalkalmazó döntése - az érintettek perindítása után - ugyanúgy bírói útra kerül, mint a hagyományos jogi ügyek, és ezzel a közigazgatáson belüli szervezeti hierarchia nem tudja deformálni a személytelenebb jogos/jogtalan orientálódást.

4. Előzetes elméleti megfontolásaink között kell említeni egyes normák jogi minőségének kérdését. H.L.A. Hart "másodlagos szabályok"-nak (secondary rule) fogalmazta meg azokat az elveket/szabályokat, amelyek léte esetén beszélhetünk egy elsődleges normarend jogi jellegéről (Hart, 1961:89-97). Itt most csak a "rule of adjudication", az igazságszolgáltatás szabályát szeretnénk kiemelni. Érdekes eredményre vezet, ha ebből a szempontból összehasonlítjuk a hagyományos jogi anyagok (büntetőjog, ill. magánjog), illetve az utóbbi másfél évszázadban kiterjedő közigazgatási jog, vagy legújabban az alkotmányjog történeti fejlődési lépéseit.

A hagyományos jogterületek fejlődésében először a jog alkalmazási mechanizmusa emelkedett ki a mindennapi normavilág diffúz anyagából, és a bíraskodás kapcsán a bírói gyakorlatban rögzültek és specifikálódtak a hatályos jogi normák. A bírói jogalkalmazás fölé csak sok száz év fejlődése után emelkedett ki a jog tudatos alkotásának mechanizmusa, és ezzel egy hárompólusú viszony jött létre ezeken a jogterületeken a jogalkotó, a jogot egyedi esetekre alkalmazó jogász és az állampolgárok között. Az utóbbi másfél évszázadban kiterjedő közigazgatási, majd alkotmányjog esetében azonban épp fordított sorrend figyelhető meg. Ezek a joganyagok már a kibomlott jogalkotási technikák korában indultak fejlődésnek, így eleve tudatos jogalkotás útján jöttek létre. Itt azonban az így létrejött normák bíraskodási mechanizmusa különült el később. A közigazgatási bíraskodás a XIX. századi kezdetek után igazán tisztán a XX. század első felében bontakozott ki, az alkotmánybíraskodás pedig csak a második világháborút követő évektől stabilizálódott véglegesen a legtöbb fejlett társadalomban. Ezzel azonban itt is kialakult a hagyományos jogterületeken eleve meglévő hárompólusú viszony: az alkotmányos szabályozás többé nem pusztán elvek gyűjteménye, hanem egyedi alkotmánybírói döntések specifikálják az egyes szituációkra; a közigazgatási szabály sem egyszerűen felsőbb célokat az alsóbb hivatalnokok felé továbbító utasítás, hanem közigazgatási bíróság értelmezi az átfogóbb jogdogmatikai elvek segítségével az érintett állampolgárok perindítása esetén.

Nos, tehát visszatérve Hart "másodlagos szabályaira", úgy látszik, hogy a közigazgatási és az alkotmányos normaanyag jogi minőségét a "rule of adjudication" valamilyen formájának intézményesítése hozza létre csak. Vagyis az alkotmánybíraskodási és a közigazgatási bíraskodás megteremtése.

5. Végül ki kell térni előzetes elméleti megjegyzéseink között az átfogó társadalomelméleti keretünkben való kiindulópontunkra is a jog mint professzionális intézményrendszer vizsgálatánál. Egy-egy ilyen intézményrendszer főbb aspektusait a résztvevők rekrutálási-szocializációs mechanizmusai, illetve az értékelési-jutalmazási-szankcionáló mechanizmusai jelentik. Ezekben az aspektusokban jut domináló helyzetbe a strukturális elkülönülés menetében az adott professzionális intézményrendszer központi értékduálja, jelen esetben a jogi rendszer jogos/jogtalan értékszempontja. A modern jogrendszerek e specifikus binaritását vizsgálni kell a jogi oktatás és általában a professzionális jogásszá szocializálás mechanizmusában, e binaritás sajátos érvényesülését a jogalkotási mechanizmusában és a fellebbezési eljárásokkal összekötött jogalkalmazási mechanizmusokban. De még ezeket megelőzően vázolnunk kell a jogos/jogtalan értékelésre leszűkült jogi rendszer kapcsolódását morális-igazságossági és a politikai értékeléshez.

### 2.3. Igazságosság és a binaritások sokasága

A modern jogrendszerek a joganyag pontos rögzítésével, a joganyag által használt jogdogmatikai fogalmak pontosításával, a fellebbezési eljárások rendszerével stb. a bírói szubjektivitás minimalizálására törekednek az egyes jogi ügyek intézésénél. A jog ilyen pozitíválódásának menetében csökken a lehetőség a bírák számára az igazságosság dimenziójában való értékelésre. A pozitíválódott jogrendszer jogászának jogos/jogtalanra szűkülő nézőpontjával szemben különösen a náci jogszolgáltatás embertelenségei után kapott éles hangsúlyt az igazságtalan jog problémája. Ekkor a válasz a pozitív jog fölötti természetjog követelése volt: az ennek ellentmondó jogrendszer végső fokon jogtalan, és a jogalkalmazónak ezt értékelve kell eljárnia (Hart 1961:181-195). Az azóta eltelt időszak alatt a normalizálódott világban azonban a bírák kikerülhetetlenül továbbra is az épp hatályos jog szerinti jogos/jogtalanon orientálódnak - erre kényszeríti őket a jogrendszer egész gépezete. Úgy tűnik tehát, hogy a modern jogot magát kellene széttörni az igazságosságon való közvetlen orientálódás megteremtésére.

Megítélésünk szerint azonban túl pesszimista ez a diagnózis, és a pozitíválódott jog esetében más irányban kell keresni a "jogos" és az "igazságos" szorosabb kapcsolatának megteremtését, mint azt a II. világháború utáni természetjogi elképzelések keresték. Az igazságosság szempontjai kiszorultak ugyan jórészt a jog alkalmazási folyamataiból, azonban ezzel párhuzamosan kibomlott és összekapcsolódott az elmúlt évszázadban a jogalkotás és a demokratikus politikai akaratképzés folyamata - elsősorban természetesen a fejlettebb nyugat-európai és az itteni mintákat átvevő más országokban. A morális-igazságossági értékelések itt játszanak közvetlenebb szerepet, és a jogos/jogtalanra leszűkülő nézőpontot az teszi elviselhetővé (és annak révén lehet modernizációs előnyét kihasználni!), hogy a joganyag alkotási folyamatában a döntési szelekciók egyik vezérlő elvét az adott társadalomban kardinálisnak tartott morális-igazságossági szempontok adják. A jogalkotás fölött diszponáló demokratikus politikai rendszerek strukturális felépítése esélyt ad e szempontok bevitelére a jog anyagába.

Megítélésünk szerint tehát a jog alkalmazásából kiszoruló igazságossági szempontok strukturálisan is biztosítottan tudnak bekerülni a demokratikus politikai rendszerekben a jogalkotási folyamatba. Itt ugyanis a kompetitív politikai logikának megfelelően a politikai pártok, a kormány, a parlamenti politikusok, a miniszterek döntési szelekciói egyre specifikáltabban a "kormányon maradni/ellenzékbe menni" bináris kódra orientálódnak. Egy kormánypolitikus vagy egy-egy ellenzéki pártvezér bármely nyilvános állásfoglalása egy világeseeményről vagy egy készülő törvénytervezet alternatívái felett a szavazatok százezreit veheti el pártjától a következő választáson, vagy tehet ugyanennyit a szavazatokhoz. Ugyanígy az ellenzéki pártok politikusainak, sajtóorgánumainak jól felépített argumentációi milliók előtt tehetik nyilvánvalóvá egy hatályos törvény rendelkezéseinek igazságtalanságát, és amennyiben ez az érvelés rezonál az állampolgárok millióinak igazságossági elképzelésében, akkor egy ilyen törvény léte - vagy éppen törvényjavaslatként való benyújtása a parlamentben - nagymértékben hozzájárulhat a kormány bukásához és a korábbi parlamenti többség kisebbséggé válásához a következő választások folyamán. Még ha elismerjük is, hogy - épp az igazságossági elképzelések általánossága és sok esetben ellentmondásossága miatt - egy sor, a társadalom egy része által igazságtalannak ítélt megoldás is bekerülhet a hatályos joganyagba demokratikus politikai akaratképzés esetén is, akkor is állíthatjuk, hogy épp a kardinális kérdésekben, amelyek eléggé univerzálisak ahhoz, hogy a "természetjog" anyagához sorolják e koncepció hívei, nem lehet szembenálló az adott társadalom igazságossági mércéje és a hatályos joganyag mércéje. Ezért viselhető el a bírák és a jogalkalmazók pusztán jogos/jogtalanra szűkült döntési szelekciója az ilyen politikai rendszerekben.

Nem a jogos/jogtalan felé szorító-szűkítő modern jogrendszereket, hanem a jog alkotása fölött diszponáló politikai rendszereket kell széttörni, vagy legalábbis a

demokrácia felé reformálni, ha egy társadalomban igazságtalan jogrendszer tudott stabilizálódni. Talán elfogadható az az állítás is, hogy a második világháború után Németországban, Olaszországban sem elsősorban a feléledt természetjogi doktrínák állították vissza az igazságos jogrendszereket, hanem az, hogy e doktrínákkal párhuzamosan szétzúzták az ilyen jogot létrehozó politikai rendszereket, és kompetícióra, nyilvánosságra épített demokratikus politikai akaratképzést hoztak létre. Nem a pozitív jogrendszert kell tehát természetjogra alapozni, hanem a politikai rendszert pluralizmusra és nyilvánosságra.

A jog rendszerén kívüli, a nagyrészt politika által dominált jogalkotás mellett a jogon belül is kialakult egy olyan mechanizmus, amelyben a morális-igazságossági mércék közvetlenebbül hatnak. Az alkotmánybíráskodásra gondolunk, amely a múlt századi amerikai előzmények után, véglegesen a második világháború óta stabilizálódott a modern jogrendszerekben. (Sajátos alkotmányfejlődése miatt itt Anglia az egyik nagy kivétel.) A modern írott alkotmányok a konkrétabb rendelkezések mellett egy sor olyan alapelvet és előírást tartalmaznak, amelyek jó része a civilizált társadalmak leguniverzálisabb morális és igazságossági standardját jelenti. A második világháborút követő új alkotmányozási hullámban létrehozott alkotmányok különösen tisztán fogalmazzák meg e standardokat. (Itt ezen elvek alkotmányba foglalásánál lehet elismerni a feléledt természetjogi doktrínák hatását!) Persze, ezek az alkotmányos elvek semmit sem jelentenének, ha ezzel párhuzamosan nem működnének nyilvánosságra és kompetícióra épülő politikai struktúrák, illetve ezen túl alkotmánybíróságok - mint azt a papíron kifogástalan sztálini alkotmányok mutatták. A morális-igazságossági standardok alkotmányba foglalásával és fölöttük folyamatosan konkretizáló alkotmánybíráskodási diskurzus kiépítésével azonban ezek az elvek egy észrevétlen transzformáción mennek keresztül, és ennek révén bizonyos fokig közelítődnek az évszázadok alatt kiforrálódott jogdogmatikai érveléshez. Az egyenlőség, az emberi méltóság stb. biztosítása az egyes konkrét esetekben történő megsértésük fölötti alkotmánybíróági diskurzusban konkretizálódik. Ezáltal a homályos, diffúz, túlgeneralizált morális-igazságossági mércék szituációként specifikálódnak. Az alkotmánybíróági eseti döntések tömege jelöli ki, konkretizálja azt, hogy mit is jelent az egyenlőség biztosítása; mit jelentenek a gondolatszabadság, sajtószabadság stb. követelményei; a mindennapi szituációkban igyekeznek középutat találni abban, hogy mi jelenti az univerzális egyenlőséghez kötött igazságosság és a ténylegesen egyenlőtlen pozícióban levés kiegyenlítésre törekvő szociális igazságosság közötti optimumot. (Lásd a "justice" és a "social justice" közötti lehetséges ellentmondásra Hart 1961:183). Ha a komplex modern társadalmak heterogén szituációinak millióira az általános igazságossági mércék közvetlenül alkalmazhatatlanok (Luhmann 1981:326), mert nem adják meg a szükséges konkrétsággal az iránymutatásokat, akkor ezzel az alkotmánybíráskodási közvetítéssel közelíteni lehet ehhez az állapothoz. Másrészt az alkotmánybíróági konkretizálások és az ezek fölötti nyilvános diskurzus a sajtóban a későbbi törvény-előkészítések számára explicit vezéreleveket ad a törvényjavaslatok szelekciójánál.

Ha ezzel nem is azt akarjuk mondani, hogy az alkotmánybíráskodás intézményesítésével "pozitívalódott" az igazságosság, és az alkotmánybíráskodási döntvénytárakból kiemelhető a "pozitív" igazságossági elvek kódexe, de ezzel az igazságos/igazságtalan és a pusztán jogos/jogtalan értékduál között egy rendszeres közvetítés jött létre. *Strukturálisan áthelyeződik tehát a modern jogrendszerekben az igazságossági szempontok és mércék bekapcsolódási helye.* Az egyes bírák teljes személyiségének bevetése helyett a jogos/jogtalanra leszűkült értékelést kényszeríti ki a jog gépezete, ám a jog csúcsán - alkotmánybíráskodás - és a jogon túl a jog és a politika rendszere között közvetítő jogalkotási eljárásban strukturális bekapcsolódási lehetőséget kapnak a morális-igazságossági mércék. (Az alapjogi elvek alkotmánybíráskodásából származó problémákra egy későbbi fejezetben részletesen kitérünk.)

E sajátosság mellett azonban olyan alárendelt fejlődési tendenciák is megfigyelhetők a modern jogrendszerekben, amelyek a jog mikrofolyamataiban továbbra is helyet biztosítanak az igazságossági mércék közvetlenebb figyelembe vételére. Ilyennek tekinthetők a Max Weber által már a századelőn említett "antiformális tendenciák", az esküdtbíráskodás szerepe, de az utóbbi évtizedekben a gazdasági vitákban egyre erősödő választottbíráskodási gyakorlat is, amely lazítja a pusztán jogos/jogtalan orientálódás feszességét. (A mindennapi élet konfliktusainak jogon túli megoldásainak alternatíváihoz lásd Voigt 1983:116-196).

Külön ki kell itt még térni a szociális és jóléti állam utóbbi néhány évtizedben óriásivá növekedett szerepvállalását közvetítő jog materializálódásának következményeire. E tendencia menetében a jog bizonyos részei (különösen a közigazgatási jog) a politika eszközeivé válnak (lásd ehhez: Kulcsár 1983.) és ez a változás kihat a jogos/jogtalan értékszemponton orientálódás domináló szerepére. Az eszközjog sajátosságait elemző vizsgálódások kimutatják a jogszabályok szövege, illetve a benne használt jogdogmatikai fogalmak fontosságának csökkenését, és ezzel szemben az adott jogszabály "rendeltetését", az elérni kívánt célokat szem előtt tartó jogalkalmazás kialakulását (Voigt 1980:26). A jogalkalmazó a törvény praeambulumán és indoklásán orientálódik, nem a törvény amúgy is homályos keretfogalmakkal teletömött szövegén, és ezzel a politikai jogalkotó célját igyekszik az egyes esetben mérlegelni, nem pedig jogot alkalmazni. (Teubner 1982., 1984.)

A jog materializálódása így valóban az általunk fő fejlődési tendenciaként jelzett jogos/jogtalan domináló szerepe ellen hat. Ez a tendencia azonban csak az utóbbi évtizedben kapott erőteljesebb elméleti reflexiót, így nem lehet tudni, hogy a jövőben lesznek-e, és ha igen, akkor milyen korrekciós mechanizmusok indulnak be a probléma megoldására. Az állam kiterjedt szerepvállalását megkérdőjelező elméleti, de már a gyakorlatba átültetett politikai irányzatok is csökkentették az utóbbi időben az állami politika felől induló nyomást a jog materializálódására.

Egy kiút lehet talán a Günther Teubner által jelzett "reflexiv jog" fejlődési iránya, de másrészt a jog belső dogmatikai-fogalmi készletének jövőbeli fejlődése-fejlesztése az új, kiterjedtebb feladatok és a komplexebb társadalmi környezet leképezésére szintén hozhat javulást. Ezzel a jogon túli, bizonytalan fogalmak helyett a jövőbeli jogalkalmazók, bírák szisztematikus helyi értékekkel rendelkező jogdogmatikai fogalmakkal operáló törvénytövegeket kapnak majd kézbe. Ezt a fejlődési irányt prognosztizálta - sürgette Niklas Luhmann 1972-es "Jogszociológiá"-jában, ám az 1974-es "Rechtssystem und Rechtsdogmatik" című munkájában a jog belseje felé fordulva a jogdogmatikai szint fejlődésének nehézségeit konstatálva polárisan szembenálló véleményre tért át. E változás végpontjaként a 80-as évek elejétől - álláspontját konzekvenssé teendő - a politikai jogalkotás egészét elvetni igyekszik, és a bírói jogfejlesztési technikákat preferálja. (Lásd: különösen Luhmann 1983:139, illetve 1985:9). Megítélésünk szerint azonban ehhez az európai politikai és jogfejlődés több száz éves tendenciáit, amelyek a parlamenti és egyáltalán a politikai jogalkotáshoz vezettek, kellene visszafordítani. Ezért kevésbé utópikusnak tartjuk Luhmann eredeti elképzelését, és a modern jogrendszerek jogdogmatikai készletének utánfejlesztésében látjuk a kiutat.

A parlamenti és általában a politikai jogalkotás tehát nem tűntethető el, mint ahogy a jog bizonyos részeinek politikai célok eszközeként való használata sem. A jog politika általi "túlstrapálása" és a politikai célok transzformáció, illetve szelekció nélküli átvitele a jogba azonban megállítható. Ehhez jó alátámasztást adtak az elmúlt évek "eljogiasítási", "elállamosítási" szakirodalmának drámai tényfeltárásai, amelyek már mostanra is hozzájárultak a nyugati társadalmak szellemi légkörének átalakítása felé. (Lásd ehhez Voigt 1980, 1983; Winkler/Gessner 1983.: magyarul: Pokol 1988.)

## 2.4. Jogalkotás és a bináris kódok

A jogalkotás folyamatai kirekesztődtek a modern jogrendszerekben a jog belsejéből, és a politika, illetve a jog közötti speciális közvetítő területté váltak. Ez az állítás különösen igaz a római jog recepcióján nyugvó kontinentális jogrendszerek esetében, de az utóbbi évszázadban a common law országokban is növekszik az írott jog szerepe a bírói precedensekre épülő jogfejlesztési technikák mellett. (Friedmann 1972:45-56, illetve David 1977:251-367). A politika és a jog rendszerének összekapcsolódása mellett bekapcsolódnak ide az egyes törvénytervezettel érintett területtel foglalkozó tudomány képviselői éppúgy, mint az érintett társadalmi alrendszer (oktatás, termelés, egészségügy etc.) csúcsegyesületei is. A különböző értékelési szelekciós szempontok között a döntő szerepet azonban a politikai, illetve a jogi alrendszer képviselőinek szempontjai játsszák. A szabályozni kívánt terület tudományos kutatói által feltárt döntési lehetőségek tömege szelektálódik ki a törvény-előkészítések kezdő szakaszában anélkül, hogy később ezek konkrét döntési alternatívává formálást kapnának. A politikai alrendszer adott időszakban megszilárdult tematikája, a pártok erőviszonyai és mögöttük a politikai közvélemény domináló álláspontjai blokkolják egy sor tudományosan kidolgozott döntési lehetőség bevitelét a politikai akaratképzésbe. A hatályos rendelkezéssé alakított döntési alternatíva mellett egy sor további alternatíva fogalmazódik meg minden egyes törvény előkészítésének menetében, és marad felfüggesztődve, a törvény-előkészítési anyagokba rekesztve vagy jogtudományi folyóiratok cikkeibe zárva. A konkrét jogi döntési alternatívák azonban ebben a formában is fontos szerepet játszanak a modern jogrendszerek működésében. Egyelőre ugyan csak a jogtudomány specialistái tárgyalnak róluk, modelleket állítanak össze belőlük, jogdogmatikailag tisztázzák helyi értéküket, de a faktuálisan működő hatályos jog fölött mint "lehetőség"-jogszabályok élnek tovább. A változtatható jog koncepciója épp ezáltal kap gyakorlati realitást. Nem a semmiből kell előteremteni a mait felváltó jogi rendelkezést, hanem a lehetőségként intézményesített és a korábbi törvény-előkészítések folyamán időlegesen elvetett jogszabály-tervezetekből lehet kiemelni félig már élő alternatív jogi rendelkezéseket. A faktuálisan és a lehetőségként való intézményesített együttélést jelentik a hatályos és a felfüggesztett jogszabály-tervezetek éppúgy, mint az állami politika és az alternatív állami politikákat megtestesítő ellenzéki politikai pártok programjainak együttélése is. Más oldalról úgy is leírhatjuk ezt a szituációt, mint a jog tárgyi komplexitásának időbeli komplexitással való megnövelését (Luhmann 1975:156-186). A holnap - lehetőségként - jelen van már a mában is.

Általános képünket a politikusok és a jogászok által uralt jogalkotási folyamatokról azonban árnyalni kell, mert jelentős különbségek találhatók az egyes országok között. Leginkább politikusok által dominált a törvényalkotás folyamata az Egyesült Államokban. Itt a kongresszus két háza játssza a főszerepet a törvények előkészítési-szelektálási folyamatában, és a kongresszus bizottsági, albizottsági rendszerében a politikai érdekcsoportok sokasága harcol a törvénytartalom formálása fölött. (Lásd ehhez Patterson 1973:232-260, magyarul: Pokol 1981:221-226). Az európai kontinens országokban már kevésbé erősen érvényesül ilyen politikai küzdelem az egyes törvényalkotási folyamatokban, illetve a küzdelmek fölött erősebben diszponálnak a minisztériumok szakszervezetek, amelyekben a jogászok - országonként eltérő mértékben - domináló szerepet kapnak. A legtöbb nyugat-európai országban a minisztériumok csúcshatalmát játssza a főszerepet a törvény-előkészítésben, és az érintett politikai érdekegyesületek döntően körülöttük alakítják ki kompromisszumkötési mechanizmusait és kevésbé a parlament körül (Keller-Raupach, 1971:43-46). A működő jogi szféra specialistáinak szerepe talán a skandináv országokban a legerőteljesebb a törvényalkotási folyamatokban. Bár itt is erős a politikai érdekegyesületek bekapcsolódása a törvényelőkészítési folyamatokba (Svédország és Norvégia mint a neokorporatizmus "mintaállamai" szerepelnek a szakirodalom-



ban), de itt központi szerepet játszanak az egyes törvények előkészítésében a döntően bírák közül toborzott tagokból álló un. királyi bizottságok (Strömholm 1975:374).

A politikai elem - alternatíva-feltárás és -szelekció -, ill. a jogi transzformáció végül is tehát valamilyen formában minden fejlett tőkés társadalom jogalkotási folyamatában megtalálható. A legoptimálisabb verziónak az Egyesült Államok törvényalkotása tűnik, amelyben egyszerre sikerült megvalósítani a politikai alternatívák extrém pluralizálását és ennek bekapcsolását a törvényalkotásba éppúgy, mint ezzel párhuzamosan a törvényalkotás termékeinek utólagos transzformációját és a működő joganyagba befogadó precedensekkel való ellátását biztosító folyamatokat is. A jogi transzformáció a politikai rendszer szemantikájával, prioritásaival szemben kisebb szerepet játszik a nyugatnémet jogalkotási folyamatokban, és ezt csak felerősíti a bírói szféra szorosabb odakötöttsége és függése a központi politikától - ami Anglián kívül minden nyugat-európai országban megfigyelhető -, míg ezzel szemben a common law országokban a jogot alkalmazó szféra strukturálisan jobban elkülönül a politikától.

A jogalkotás és a politika kapcsolatánál ki kell még térni a politikai akaratképzés struktúrájának utóbbi évtizedekben megfigyelt változásaira a nyugat-európai országokban. Az ideológiaiabb jellegű pártpolitizálás háttérbe szorulására és a politikai érdekképviseleti szervek térnyerésére gondolunk itt, amely módosította a jogalkotásban is a politika, a jogi szféra, a tudomány és az ideológia összekapcsolódásainak láncszemeit. A nyugati politikai rendszerek neokorporatista változásának nevezett új tendenciák (von Alemann 1981.; Bruszt 1984.) a jogalkotási folyamatokban kevésbé a jogi szféra értékelését befolyásolják, mint inkább a politikáét. E változás lényege röviden úgy foglalható össze, hogy a második világháborút követő évektől a nyugati politikai pártok korábbi "osztálypárt" jellegüket levetve egyre inkább "néppártként" igyekeznek tevékenységüket alakítani, és ez a nyilvánosságtól jobban eltakart törvény-előkészítési folyamatok fontosságát csökkenti számukra. Ezek a pártok szavazatokon, a szavazók tömbjein orientálódnak, és így elsősorban a választási hadjáratok és - két választás között - a parlamenti plénum (tv-nézők milliói előtt zajló) nyilvánossága a fontos számunkra. Itt elsőrendű sikereikhez a politikai állásfoglalásaik megismertetése, másik oldalról az ellenfél-pártok pozícióinak, gyengeségeinek felfedése, és nem a politikacsinálás szürke mindennapjait jelentő döntés-előkészítő folyamatok.

A kompetitív politikai logika tehát tartalmilag "elvékonyította" a párt-akaratképzéseket, és helyettük a politikai szféra tartalmait rögzítő tematikákat inkább az érdekegyesületi csúcsszervek egymás közötti harcai, kompromisszumkötései, illetve az egyes társadalmi probléma körül szerveződő-erjedő társadalmi mozgalmak hordják ki. (Lásd: Roth 1987, magyarul Szabó 1987.) A bennünket most érdeklő aspektus ebben a fejlődésben az, hogy így a politikai szféra sajátlagos értékdualja, a "kormányon maradni/ellenzékbe menni" bináris kód sem érvényesül olyan feszesen a törvény-előkészítési folyamatokban, mint az a kemény pártküzdelmekre épülő helyeken látható.

A politikai elemet tehát a pártok helyett döntően az érdekegyesületek csatározásai és kompromisszumkötései jelentik a törvény-előkészítési folyamatokban. Ezek a csúcsegyesületek azonban jobban odakötöttek egy-egy társadalmi alrendszerben tevékenykedő társadalmi rétegekhez (orvosok, pedagógusok, az egyetemi-tudományos szféra rétegei etc.), így a politikai csatározások felszíne alatt egyben az eltérő professzionális intézményrendszerek specifikus értékelési szempontjai is összeütköznek a neokorporatizmusra épült döntéselőkészítési tárgyalásokon. (Lásd ehhez: Willke, 1983:139). Például az orvosi csúcsegyesületek az egyes törvény-előkészítéseknél nemcsak egyszerűen az adott ország orvosi rétegének anyagi érdekeit tartják szem előtt - azt is -, hanem jobban az

egészséges/egészségromboló metszetben nézik az ipart, a mezőgazdaságot érintő kérdéseket. Ugyanígy a tudomány felől közelítő szakértők ebben a neokorporatizmus által jellemzett politikai szférában kevésbé zárulnak le egymással szembenálló ideológiai táborokba - mint az a század első felének osztálpártjai által dominált politikai rendszerekben megfigyelhető volt -, hanem a tudomány sajátos értékelését kifejező igaz/hamis értékeléshez elfogulatlanabban tudják tartani magukat. Természetesen bizonyos fokú transzformáció most is megfigyelhető a politikai csatározásokba rendszeresen bekapcsolódó egyetemi professzoroknál, tudósoknál. Ám most csak arra az "izzószemű hitvédő" típus eltűnésére gondolunk, mely a XIX. század első felében oly jellemző volt.

Nos tehát, ez a jelzett változás a jogi elemen túl átrendezi a politikai értékelés és a többi társadalmi alrendszer értékelése közötti arányokat. Ennek kifejeződése, hogy a jogász és a politikus mellett megnövekedett a különböző szférák szakértőinek bevonása a jogalkotási folyamatokba. (Lásd ehhez Rödig 1975.) A jog és a politika között közvetítő jogalkotási mechanizmus így részben egy sor további társadalmi alrendszer közvetítési területévé válik. Helmut Willke már idézett tanulmányaiban épp ezért mint a komplex társadalom reflexív koordinációs centrumát tárgyalja a neokorporatizmusra épült törvényelőkészítési folyamatokat, amelyek leváltják a korábbi hierarchikus állami irányítást. (Willke 1983:139).

## 2.5. A jogalkalmazói szféra és a jog bináris kódja

A jogalkotási folyamatokban a jogi elem - a politikai és a többi intézményrendszer értékszempontjai mellett - a jogászok által képviselt jogdogmatikai distinkciók, kategóriák képében van jelen. A jogos/jogtalan beállítódás annyiban jelenik itt meg, amennyiben az épp hatályos joganyag megváltoztatásáról van szó, tehát az eddig jogosnak tekintett állapottól való eltérés kimunkálásáról. A hatályos joganyagot - legalábbis megváltoztatásáig - külső adottságként kezelő jogalkalmazói szférában ezzel szemben a végső értékelési alapot a jogos/jogtalan értékelési dimenzió jelenti. Igazságossági szempontokat már e szabályok meghozatalakor figyelembe kellett venni, és itt az eseti jogalkalmazásban már csak a szűkre szabott mérlegelési körben van módja és lehetősége a bírónak közvetlenül ilyen szempontokon orientálódni. A kedvelt publicisztikai ellenvetés, amely szerint az ügyintéző nem látja az ügyiratok mögött az ügyfél "érző és eleven" személyiségét, épp a modern jognak erre a sajátosságára vezethető vissza. Ha ez nem így lenne, akkor a jogalkalmazásnak generális keretszabályokkal széles mérlegelési jogkört biztosító jogrendszerben szükségszerűen nemcsak az ügyfél jelenne meg "teljes személyiségével", hanem ugyanúgy a bíró is a jogon és igazságosságon túli elfogultságaival, preferenciáival együtt lenne jelen. A kiszámítható jogszolgáltatás tehát szükségszerűen a jogos/jogtalan redukált értékeléséhez kötött.

A magánjog és a büntetőjog nagy részében ez általában biztosítotttnak is tekinthető a fejlett tőkés országokban mind a common law országokban, mind a kontinentális jogi verziókban. Ezeken a jogterületeken a sok száz év alatt fokozatosan kimunkált jogdogmatikai kategóriák, illetve a peres eljárások rendszere többé-kevésbé domináló helyzetbe tudják juttatni a hatályos jog szerinti jogos/jogtalan érvényesülését. Ezeken a területeken kevésbé jelentenek problémát a bizonytalan jogfogalmak, mint például a rövid idő alatt robbanásszerűen kibővült közigazgatási jog esetében. Problémát jelent azonban a jogos/jogtalan értékelés dominálása szempontjából a szakértők szerepének fokozódása, különösen a kártérítési jogban és a büntetőjogban. A komplex társadalmak egyes szituációiban a bírák számára szakértők segítsége nélkül egyre kevésbé meghatározható az elvárhatóság mértéke. Az egyes felelősségre vonási szituációkban majd mindig egy szakma ezernyi (jogon túli) szabálya dönti el a büntetőjogi vagy kárfelelősségi kérdést. E kérdésekről pedig csak a peres eljárásba bevont szakértők tudnak választ adni, és e válaszokban már maguk is értékelnek. Ha másként nem, hat a számba jövő körülmények

szelekciójával. Az egyes bírák már nem tudják felülbírálni ezeket az értékeléseket. Így sokszor az a vélemény, hogy egy sokszakértős, bonyolult bírósági per esetén a szakértők (jogon túli, szakmai standardokon orientálódó) értékelése dominál a jogrendszer jogos/jogatlanja helyett (lásd Teubner 1984:296, illetve Voigt 1980:18). A bíró és a jogrendszer jogos/jogtalan értékelési szempontja ilyenkor inkább az eltérő szakértői szempontok egységesítőjeként működik, és nem mint egyedüli és abszolút értékmérő.

Igazán problémát inkább a közigazgatási jog egyes részei jelentenek a jogos/jogtalan dominálása szempontjából. A közigazgatási bíráskodás garancia-rendszerének megteremtődése ugyan a legtöbb fejlett országban megoldotta e szabályanyag nagy részének kétséges jogi minőségét, de jogdogmatikai letisztulása még jócskán lemarad a hagyományos jogterületek mögött. Az elméleti jogi gondolkodás is jórészt a magánjogból kiindulva általánosította ki a jog átfogó modelljeit, és ezzel eltünteteti a közigazgatási jog eltérő jellemzőit az elméleti kidolgozás elől, másrészt, ahol figyelemmel van rá, ott hasonítani akarja a magánjogi konstrukciókhoz. (Lásd ennek éles kritikáját: Klaus Lenk, 1983:90-91). Kifejezett problémát azonban ott jelent a közigazgatási joganyag, ahol az állam tervező tevékenységét közvetíti a közigazgatási szervezetrendszer felé. Ebben a jogi részben szinte teljes szakítás történik a hagyományos jog minden szerkezeti jellemzőjével, és az állami politika célrendszere minden jogi transzformáció nélkül jelenik meg a joganyagban. Másrészt itt a közigazgatás nyíltan a tervtörvényekbe foglalt célok megvalósítására kötelezett és nem "szabályalkalmazásra". (Luhmann distinkciójával: a tervtörvények "Zweckprogramm"-ot tartalmaznak, és nem "Konditionalprogramm"-okat.) A pusztá célkitűzés pedig a végrehajtó közigazgatást közelíti a nyílt politizáláshoz, a politikai prioritásokon való orientálódáshoz (Alexy/Gotthold 1983:200-214).

Ebben az esetben tehát egész elméleti keretünk felfüggesztődik: az ilyen célprogramokkal dolgozó közigazgatás inkább jelenti a politikai alrendszer részét, mintsem a jogrendszer részévé vált közigazgatást. Az összjoganyagot tekintve azonban ez csak kis részt foglal el a közigazgatás tevékenységében, ill. említeni lehet itt az egész tervező állam-koncepció háttérbe szorulását az elmúlt évtized nyugati gyakorlatában. A politikai állam túl erős beavatkozása az elért társadalmi komplexitás stabilizálását kezdte fenyegetni a fejlett tőkés országokban, és a beindult önkorrekciós folyamatok már mostanáig is sok államosítási tendenciát fordítottak vissza.

A jogos/jogtalan mindenkori mércéjét a jogalkalmazási szféra részére az éppen hatályos joganyag tartalmazza. A jogrendszer specialistáinak kiképzésekor azonban kevésbé ezt a gyorsan változó anyagot sajátítják el a jövő jogászai, hanem a hosszabb ideig stabil jogdogmatikai eszköztárat, a speciális jogfogalmakat, jogdogmatikai distinkciókat, tipológiákat. Azt lehet mondani, hogy ha egy jogágyazat egyetemi oktatásában csak az épp hatályos jogszabályokat tudják oktatni, akkor ez jól jelzi az adott joganyag jogdogmatikai szempontból való lepusztultságát, és ezzel gyakorlatilag a jogi minőség elenyészését. A jogi oktatás azonban nemcsak mint az ismeretátadás területe fontos a működő jogi szféra számára. A jogászközösség specifikus - és redukálódott - nézőpontjának és a szakma ezt hordozó ethosának átadása legalább ilyen fontos funkciót jelent a jogi oktatásban. A teljes személyiség rutinírozott visszafogása és a társadalmi környezet specifikált jogász szemléleti módjának elsajátítása a joghallgatók részéről komoly funkcionális teljesítményt követel meg a jogi oktatástól. E feladatnak különböző mértékben tudnak a jogi oktatás eltérő modelljei megfelelni. A kontinentális Európa országaiban az egyetemi oktatás a praktizáló szférától hagyományosan elszakítva működött, és részben még működik ma is. Például a francia orvosképzésben a múlt század második feléig úgy végeztek orvostanhallgatók, hogy a könyvek tanulása után egyáltalán nem vettek részt semmilyen gyakorlati felkészítésen. (Lásd Ben-David 1977.) Ugyanez áll az egyetemi jogászképzésre is, amely a kontinensen

jobban elzárt a gyakorlati jogi szféra képviselői elől. A néhány hetes gyakorlatok és az egyetemi jogeset-megoldások nem hozták létre még ma sem a jogászképzés gyakorlati étellel való integrálását. Az egyetemi jogász és a gyakorlati jogász két, eltérő világban mozgó típus, és ezért a gyakorlati jogi szféra ethoszát ez az oktatási rendszer csak kevésbé képes továbbadni a joghallgatónak. (Elsősorban áll ez az angol egyetemi jogi képzésre és a francia jogi egyetemi képzésre.) Ezzel szemben ez a distancia lehetővé teszi a működő gyakorlati szférák kritikus-távolságtartó szemlélését, elemzését éppúgy, mint a gyakorlati szféra által kompaktan használt összefüggések analízisét és finomabb szétbontásukat. Talcott Parsons az amerikai egyetemet jellemezve jutott arra a következtetésre, hogy az utóbbi évtizedek folyamán a jogi egyetemi és orvosegyetemi gyakorlati-manipulatív tudás helyett az időközben létrejött mögöttes szaktudományos ismeretek szerint szétbontott összefüggésekre alapozott tudás jön létre. Pl. a jogtudomány ismeretanyaga a politikatudomány, szociológia, közgazdaságtudomány stb., az orvostudomány pedig a hagyományos, kompakt szemléleti módot felbontva a modern biokémia, fiziológia, pszichológia mélyebb fogalmi distinkcióira kezd alapozódni (Parsons-Platt 1973:286). Ez a fajta tevékenység azonban - miközben a tudományosság igényeinek mindinkább megfelel - a működő, gyakorlati szféra permanens kritikáját váltja ki. Nos, tehát a kontinentális Európa jogi oktatási modelljében ez a fejlődési tendencia még inkább strukturális előfeltételekkel rendelkezik, azonban a gyakorlati jogi szféra közössége ethoszának átadására kevésbé alkalmas. Ezt inkább a gyakorlati jogi szféra maga végzi el, miután az egyetemet végzett fiatal jogász belép a szakmába. Ez persze azt is jelenti, hogy *a jogi egyetemek elvesznek mint a jogászközösség szolidaritásának lehetséges centrumai*. Ezt fokozza még az is a kontinensen, hogy itt az általános képzést adó felsőoktatás és a professzió szakmai oktatása közösen történik meg. Itt a joghallgató szociológiát, peres eljárási jogot és filozófiát együttesen kapja meg, az egyetemi tanári gárda pedig épp ilyen heterogén összetételű. Ezzel szemben az amerikai egyetemi oktatásban az általános felsőfokú képzést elkülönítették a professzionális szakképzéstől, és a szakmát - tudásanyagát és ethoszát - sűrítve kapja meg a jövőbeni jogász, orvos, mérnök stb. Úgy tűnik, hogy az egyes társadalmi alrendszerek főbb aspektusainak közös értékdimenzió alá rendelését jobban biztosítja az amerikai egyetemi oktatás modellje a jövőbeni jogászok, orvosok stb. számára, és az adott gyakorlati szféra integrálásával ez a modell jobban lehetővé teszi a specifikus értékelési nézőpont szocializációját a jövőbeni generáció által.

Jobban illeszkedik egymáshoz az angolszász országokban az egyes jogi szakmák struktúrája is a jogi alrendszer egységes működése szempontjából, mint ahogy azt a kontinentális Európa megoldásai képesek biztosítani. Itt, Európában a jog működése szempontjából döntő szerepet játszó bírói kar jobban izolált az ügyvédi kartól, és erősebben kötött a központi politikához. Az igazságügy-minisztériumok szerepe a bírói karrier meghatározásában alapvető fontosságú egy sor kontinentális országban. Ez az állapot nem kedvez a bírói függetlenségnek, és minden garancia ellenére - a fiatal bíró egzisztenciális kiszolgáltatottsága révén - jobban alávethető az egyes bíró a központból érkező politikai elvárásoknak. Ezzel szemben az angolszász országokban a bírói pálya strukturálisan ráépül, mintegy folytatója az előzetes ügyvédi karriernek. A bírák utánpótlása itt a nevet szerzett ügyvédek közül kerül ki (David 1977:298-306). E megoldás révén a szakma reputáció-rangsora majdnem olyan fontosságot kap az egyes tagok jutalmazásában, mint a tudomány rendszerén belüli tudományos reputáció.

## 2.6. Jogdogmatika és bináris kód

Lezárásképpen közelebből szemügyre kell vennünk a jogdogmatika helyi értékének változásait a modern jog fejlődési tendenciáinak menetében, és e változás kihatásait a professzionális jogászok tevékenységére. A jogos/jogtalan elkülönítését ugyanis a mindenkor hatályos jogszabály-anyag rögzíti, de ezen orientálódni oly

módon, hogy a jogász a releváns jogszabályi részeket az átfogóbb jogterület, végső fokon a jogrendszer egészébe illesztve tudja értelmezni, egy átfogó kategóriarendszer szükséges. Egymásra tekintettel - tehát többé-kevésbé ellentmondásmentesen - szabályozni ezernyi eltérő szituációt ugyanis csak absztraktabb fogalmi jegyek megteremtésével lehet. A társadalmi komplexitás növekedésével minden professzionális intézményrendszer irányában jelentkezik ez az absztrahálási kényszer, és elkülönültségük strukturális biztosításának arányában az absztrahálás irányát az egyes rendszerek belső követelményei szabják meg. Ennek következtében jön létre, hogy a distinkciók, tipológiák, gondolkodási módok, amelyek a tudományban használatosak, nem mennek át transzformáció-szelekció nélkül az oktatásba, vagy másik irányban a jogba. De ugyanígy a jogon belül a társadalmi világot leíró disztinkciók, szétbontások, gondolati konstrukciók is használhatatlanok a tudományon belül.

Az egyes elkülönült intézményrendszerekben tehát szükség van egy olyan mechanizmusra, amely a társadalmi környezet felől érkező (és szükségképpen a rendszeren kívüli disztinkciók szerint széttagolt) információtömeget feldolgozza, és az adott rendszer fogalmi apparátusának megfelelően általánosítja, majd belső disztinkciói, tipológiái szerint szétválasztja a "nyers" információtömeget. *A funkcionálisan elkülönült modern jogrendszerekben ezt a transzformációt látja el a jogdogmatika.*

A jog funkcionális elkülönülésének menetében létrejövő múlt századi jogpozitivismus képviselői már nagyon korán tisztán megfogalmazták a jogdogmatikának ezt a feladatát: "... egy meghatározott pozitív jog dogmatikájának tudományos feladata a jogintézmények konstruálásában, az egyes jogtételek általános fogalmakká alakításában és az e fogalmakból származó következmények meghatározásában áll". (Laband 1888., idézi: Krawietz, 1978:1). Vagy még Laband előtt von Gerber: "... a jogdogmatika lényegében a jogi intézmények tiszta jogi elemeinek konstrukciójában és elemzésében áll, elkülönítve ezeket a lényegtelen tényektől..." (Krawietz uo.) A hatályos joganyag szövegén, mint az éppen "jogoson" orientálódni jogdogmatikai kategóriakészlet és ennek mindenkor továbbfejlesztése nélkül nem lehetséges. Az egyes esetek konkrétsága és a szabályok általánossága közötti távolságot egy köztes szinttel, ennek közelítő disztinkcióival, értelmezési útmutatásaival kell összekötni. Az összekötés megteremtése döntően mindig az eseti jogalkalmazáson nyugszik, a common law és a kontinentális jog rendszerei között azzal az eltéréssel, hogy míg az előbbieken az egyes esetek fölött stabilizálódó jogdogmatikai anyag kezelésében a döntő szó a felsőbbíróságoknak jut, a kontinentális jogrendszerekben az eseti jogalkalmazásból az egyetemi jogtudomány átfogóbb absztrakciói stabilizálják a jogdogmatikai készletet.

Az eseti jogalkalmazásra alapozódott jogdogmatikai gondolkodásnak és kategória-készletének nagy szerepe van az új jog alkotásában is. Az új jog alkotásánál ugyanis elsősorban a már generalizált jogdogmatikai kategóriarendszerrel, annak disztinkcióival dolgoznak (Esser 1956:134). Ez teszi lehetővé, hogy a jogszabály általános fogalmakat tartalmazzon, és ennek ellenére az eseti jogalkalmazó rögtön tudja, mi az, ami nem ebbe, hanem abba az osztályba tartozik, mi az, ami a jogi fogalmak általánossága ellenére már túl van az adott esetben a besorolhatóság határán. Eseti jogalkalmazás, jogdogmatikai általánosítás és jogalkotás ily módon egy oda-vissza történő transzformálást jelentenek.

Az utóbbi fél évszázad változásai, különösen az állam társadalomirányító tevékenységének fokozódása, azonban változásokat idéztek elő a jogdogmatika jogrendszeren belüli szerepében is. Legáltalánosabban talán Niklas Luhmann fogalmazta meg e változás okait. A modern társadalom összes tevékenységszférája strukturálisan átállt a múlton való orientálódásról a jövőn való orientálódásra. Jelenti ez elsősorban a változtatható struktúrákra való átépülést, de az egyes

alrendszereken belüli gondolati konstrukcióknak a még bizonytalan jövő feltárására koncentrálódását is (Luhmann 1974:14). A jogdogmatikát rendszerelméletileg a jogrendszer input hatáiraire telepedett mechanizmusnak lehet felfogni. Nem enged be minden (más alrendszerek által feldolgozott és szétbontott) információt, hanem a jog belső kategóriái szerint új hadrendbe állítja azokat. A jogdogmatikai feldolgozás után az egyes életbeli esetek elveszítik egyéni arculatukat, partikularitásukat, és mint tipikus esetek kerülnek megfogalmazásra. Az autonóm jogrendszer érzéketlen a többi társadalmi alrendszer értékelési szempontjaira, ugyanakkor az egyes esetekben jelentkező fontos sajátosságokra sincs tekintettel. A "summum jus summa iniuria" elkerülésére legfeljebb kivételeket tud beiktatni az általános szabályok mellé, de ezek is csak korlátozottan tudják enyhíteni a jogszabályok általános jellegéből következő esetleges társadalmi mellékhatásokat.

A jogdogmatikára alapozódott, ezáltal mind az eseti jogalkalmazás, mind az általános jogalkotás felé közvetített jogi rendszer tehát az input oldalon épült ki a jog autonómiájának megteremtődése menetében, és ez párhuzamosan az output oldal (a mindenkori jogalkalmazás társadalmi következményei) iránti közömbösség kialakulásával járt együtt (Luhmann 1974:22). *Az állam társadalomirányító tevékenységének növekedése és ebben a jogrendszer bizonyos részei eszközkénti felhasználásának kialakulása alapjaiban kérdőjelezi meg az autonóm jognak ezt a sajátosságát, és ezzel együtt a jogdogmatikai fogalomalkotás lehetőségeit.* Az állami politika célrendszereit, prioritásait a különböző társadalmi alrendszerek és a mindennapi élet gyakorlatába átvívó jognak egyre inkább a jövőn - az elérni kívánt célokon - kell orientálódnia. Az évszázadok alatt kialakult jogdogmatikai gondolkodási hagyományaink - mind a common law, mind a kontinentális jog anyagaiban - erre teljesen felkészületlenek. Ez az egész fogalomtár a társadalmi környezet iránti indifferencia, közömbösség felé ösztönözte a jogot. A politika ezernyi célját átültetni szándékozó jog azonban nem lehet közömbös többé az eseti jelleggel felbukkanó társadalmi következmények iránt.

Ennek megfelelően a XX. század kezdetétől a jogdogmatikai munka csökkenése figyelhető meg: a jog autonómiáját, a politikától való különmeműségét biztosító transzformáció háttérbe szorulása, és a politika társadalom iránti érzékenységének átvétele a jog alkalmazásában. E változásnak megfelelően - a korábbi pontos jogdogmatikai fogalmak helyét - sok esetben generálklauzulák, nyitott és bizonytalan jogfogalmak váltják fel, és a valamikori pontos jogi szöveg helyett a bíró kénytelen a jogszabállyal elérni kívánt célon orientálódni. Ehhez azonban az előtte lévő eset konkrétságából magának kell kiválasztania és értékelnie a következmények sokaságából a releváns következményeket, és az elérni kívánt célokkal összevetve ezeket, tudja csak meghozni döntését (Teubner 1982., 1984.). E változással párhuzamosan háttérbe szorul a régi jogdogmatika társadalmi érzékenységét kifejező szabály/kivétel konstrukció is, és a keretszabályok által generális jelleggel - és így irányt mutató értékelés nélkül - megadott diszkrecionális jogkörben kell dönteni az egyes esetekben.

A jogdogmatikának ezek a változásai nem egyszerűen az autonóm jog jellegváltozását jelentik, hanem a funkcionálisan elkülönült jog beolvadását a politikai rendszerbe: a jogdogmatika eltűnése a jogi alrendszer input határáról a jog és a politika rendszerhatárainak eltűnésével fenyeget (Luhmann 1974:46). Ezt a fejlődési tendenciát néhányan igénylik (lásd Nonet-Selznick, 1979), és a jog politikai instrumentalizálásának következetes véghezvitelét igyekeznek elméletileg kidolgozni. Szkeptikusabb elemzések felismerik az ebben rejlő modernizációs veszélyeket. (Lásd a magyar irodalomban különösen Kulcsár 1976; 1983., illetve Sajó 1982.) Eddigi írásunkból talán kiderül, hogy a jogdogmatika lehetőségeinek elenyészése, és ezzel a jog és a politika rendszerszerű elkülönülésének megszűnte után nem látszik lehetőségre a modern jog funkcióinak ellátása. A jogdogmatikai fogalomtár nélkül a jogszabály szövegén orientálódni a káoszon való orientálódást jelentené, és ennek jelei már ma is mutatkoznak a politikailag túlzottan alávetett és

instrumentalizált jogrendszerekben. Kiutat látunk azonban az állam szerepének fokozatos visszaszorításában és a társadalmi alrendszerek önvezérlésének fokozódó megvalósításában, másrészt azokban a jogfejlődési tendenciákban, amelyek az instrumentalizálódás mellett szintén jelen vannak a jogban, és amelyeket Günther Teubner, német jogszociológus a reflexív jog fogalmával írt le. Az önvezérlő társadalmi alrendszerek belső, tartalmi döntési mechanizmusaihoz a központi jogrendszer csak az eljárási garanciákat és a szervezeti paritásokat biztosítaná. Bizonyos komplexitás fölött ez jelenti a jog szabályozási területének határait.

E változások mellett a jogdogmatika input-orientáltságától a jogrendszer "kimenő oldala" (azaz: társadalmi következmények) felé való eltolódás elméleti kimunkálásában lehet támpontokat keresni a komplex társadalmak jogrendszerei újonnan jelentkező problémáinak megoldásához.

### 3. Az értelmezési szűrő ("hermeneutikai puffer") az egyes jogrendszerekben

A jog szövegrétege alatt az előző fejezetek elemzései több jogréteget lokalizáltak, melyek az egyes jogrendszerekben eltérő arányban fejlődtek ki, és határozták meg a jog összerkezetét. A szövegréteg és a mögötte fekvő kevésbé látható jogrétegek - jogdogmatikai szint, a bírói kazuisztika topikai anyaga, alapjogi réteg - között feszültségi viszony van, és e viszony két pólusán két eltérő professzionális intézményrendszer hordozói, a politikusok ill. másik oldalon a jogász professzió különböző csoportjai találhatóak. A politikai rendszer oldaláról nézve, ezt a viszonyt úgy lehet megfogalmazni, hogy a parlament és a kormány jogalkotása és a törvényszövegben lefektetett rendelkezéseik - mögöttes céljaikkal együtt - a tényleges jogalkalmazásban egy közvetítő közegen mennek keresztül, amely fölött nem ők rendelkeznek, és amelyet néhány egyszerűsített alapponttól eltekintve nem is értenek. Ezt jelöltük az eddigiekben a "hermeneutikai puffer" kifejezéssel, és az elemzésekben alkalmanként említettük, hogy ez a jelenség eltérő fokban érvényesül az angolszász jogrendszerekben ill. másik oldalról a kontinentális Európa országaiban. Közelebbről és rendszeresebben kell most ezt a problémakört megvizsgálni. Először megnézzük a jogdogmatikai-jogtudományi réteg domináló helyzetbe kerülését a *német* jogfejlődés menetében; ezután ennek részleges elakadását és okait a *francia* minta esetében, majd az *angol* jogfejlődésben a jogtudományi kontroll kiépülésének elmaradását és ennek kihatásait nézzük át, kitérve e rész végén az utóbbi másfél évszázadban az angoltól szerkezetében mind inkább eltávolodó *amerikai* jog strukturális sajátosságaira.

#### 3.1. A német jog "eltudományosodása"

A modern politikai jogalkotó és törvényszövege gyakorlati realizálása közé mindenhol benyomul valamilyen formában a jogász professzió, de ez a beékelődés azokban a jogrendszerekben vált különösen dominánssá, ahol a középkor valamelyik szakaszától a római jog recepciója végbement, és a helyi szokásjogok az absztraktabb és kodifikált római jog szűrőjén áthaladva ötvöződtek ezzel. A római jogra ráépülés - absztraháló hatása révén - a több évszázaddal később dominánssá vált politikai jogalkotásra való utóhatását tekintve minden ezt végrehajtó jogrendszerben létrehozta az említett "hermeneutikai puffert", de hogy ez a bírói kart vagy az egyetemi jogtudományt helyezte domináló pozícióba a törvényszöveg fölötti rendelkezésnél a recepciót követő évszázadokban, az eltérően alakult az

egyes országokban. A német jogfejlődésben ezt a dominanciát a római jog átvétele az egyetemi jogtudósoknak juttatta, ezzel szemben Franciaországban egy korai (1200-1400-as évek) recepció ellenére később ezek visszaszorultak, és egészen az 1800-as évek második feléig csak kisebb hatást tudtak kifejteni a francia jog meghatározásában, és inkább a felsőbbbíróóságok jelentették, és kisebb mértékben jelentik még ma is a jogi szféra magvát.

Az egyetemi jogtudósok szerepének növekedését már az 1400-as évek elejétől meg lehet figyelni a német jogszolgáltatás fejlődésében. Eleinte ugyan csak az egyházi bíráskodásban tudtak előrejutni, de az 1500-as évektől a világi bíráskodásban is kezdtek tért hódítani (Bónis 1972:110-117). A felsőbb szintű bíróóságokon egyre inkább követelménnyé vált, hogy egyetemi jogvégzettséggel rendelkezőt nevezzenek ki bírónak, az alsóbb bíróóságokon pedig egy sajátos eljárás kialakításával érték el, hogy képzett jogászok kapjanak központi szerepet az ítélezésben. Ugyanis, miután akkor már 200 éves múltat tekintett vissza a német egyetemek rendszere, és ezekben az 1400-as évek végére domináló helyzetbe került a római jog és a kánonjog oktatása, az 1532-ben a császár által kiadott átfogó büntetőjogi kódex, a "Carolina" intézményesítette azt a kötelezettséget a bírák felé, hogy "kétséges esetekben" küldjék el az ügy aktáit vagy egy fölöttük álló felsőbbbíróóság (Oberhof) "Schöfféihez" vagy a legközelebb eső város egyetemére szakvélemény kérésének céljából (Dawson 1968:198; Wiacker 1967: 180). Ez a rendelkezés az akkori német bíróóságok szerkezete és a későbbi történelmi események révén fontos szerepet játszott az egyetemi jogtudós-csoport jog fölötti hegemoniájának kialakulásában.

A kor német bíróóságainak működéséhez fontos tudni, hogy a bíráskodás a német területeken teljes mértékben decentralizált volt, és több mint kétezer helyi bíróóság működött a Carolina megjelenésének idején. A német városfejlődés sajátosságai folytán - a korábban alakult városok mint anyavárosok terjesztették ki joghatóságukat a közel eső, keletkező városokra, amelyek hasonlóképpen további területek fölött működtek anyavárosként - egész füzére jött létre az egymás fölötti bíróóságoknak e városi hierarchiákban, és ez némi egységet tudott teremteni az extrém módon szétaprózódott bíráskodásban. (Ebben az időben a kétezer német bíróósággal szemben Angliában a központi királyi bíróóságokon alig 15-20 bírósági bíróság működött, melyek egy része mint utazó bíróság járta az országot.) Egy-egy német városi bíróóság - még a frank szerveződés "scabinni" bíróóságainak örökségeként - tipikusan egy bíróból állt, aki mellé a város tekintélyes polgáraiból 12-14 Schöffét neveztek ki, és ezek mint a helyi szokásjog autentikus orákulumai szerepeltek (Dawson 1968: 152). A Schöffék így csak lazán kapcsolódtak a tényleges bírói munkához, és inkább az adott esetek kapcsán a szokásjog kinyilvánításának az intézményei voltak. Amikor az említett anyavárosi láncolatok később kialakultak, az anyaváros Schöfféi adták ki az alattuk fekvő város bíróósága kérésére a "Weistumokat", "jogfelmutatásokat".

A jog tudásának intézményei és a bíróóságok e fejlődés révén így a német területeken hagyományosan elkülönültek, és ebben a helyzetben történt meg a római jog központi szinten támogatott átvétele a német-római birodalomban, majd biztos pozíciót vívtak ki maguknak a római jog egyetemi professzorai. Míg az 1400-as években a német területeken a jog fő forrása még a helyi szokásjog, hordozója pedig a Schöffék voltak, addig az ezt követő évszázadokra már a recipiált római jog és ennek letéteményeseként az egyetemi jogászréteg középpontba kerülése figyelhető meg.

A Carolina rendelkezése nyomán megindult az egyetemek felé a jogvéleménykérés áradata (Wiacker 1967: 181). Bár a bíróóságok küldhették volna az aktákat a fölöttük levő Oberhofok Schöfféihez is, de mivel a Carolina döntően a római jog fogalmaira és szabályaira épült, és a Schöffék döntő többsége a helyi szokásjog ill. az ebből kinövő "Weistumok", jogfelmutatási gyűjtemények ismerője volt, egyre inkább az



egyetemek kerültek privilegizált helyzetbe. Ebbe az irányba ösztönöztek a városi vezetők és az adott terület önállóságát növelni kívánó helyi főurak is, mivel az Oberhof fennhatóságának elismerése a hatalmi alárendeltség elfogadását szimbolizálta (Dawson 1968: 198). Mindezek következtében az 1600-as évek elejére a bíróságok aktafelküldési gyakorlata az egyetemekre, az "Aktenversendung" teljes mértékben intézményesedett. Ez a kialakult gyakorlat pedig a büntetőjogi ügyeken túl áttért más jogterületekre is.

Ebben a helyzetben érte a német bíráskodást a birodalom teljes szétesése és a helyi német fejedelemségek kizárólagos hatalmának létrejötte. A helyi uralkodók és tisztviselők növekvő befolyása és a bíráskodás eseti kontrollálására törekvésük miatt a bíróságok mint menekülési utat választották a tényleges döntés leadását az egyetemek felé. *Az "Aktenversendung" ettől kezdve kizárólagossá vált, és a szétesett német birodalom helyi fejedelmek és udvaraik által kontrollált területein a jog letéteményeseivé az egyetemi jogtudósok váltak.* Szakvéleményük kötelező ereje is bevetté vált erre az időre, noha a Carolina csak véleménykikérésről írt (Wiacker 1967:182). Egyre inkább elismertté vált, hogy amennyiben az aktát felküldő bíróság nem ért egyet az egyetemi jogvéleménnyel, csak egyet tehet: elküldi egy másik egyetemhez, bízva abban, hogy igazságérzetéhez közelebb álló véleményt kap (Dawson 1968:201).

Az aktafelküldés gyakorlata - a büntetőjogból az egész jogrendszerre kiterjedve - több száz éven át meghatározta a német jogfejlődést. Az egyetemek által adott írásbeli jogvélemények másolatai cirkáltak az egyes egyetemek között, a későbbi jogvéleményekben hivatkoztak rájuk, majd a kazuisztikus jogvélemények halmazában - ha már amúgyis az egyetemek voltak az őrzők-továbbformálók - felerősödtek a rendszerezés utáni törekvések. A korai rendszerezők, Vultejus és Althusius után az 1600-as években domináló filozófiai rendszerezések (Hobbes, Spinoza és különösen Pufendorf) nyomán megindult az átfogóbb rendszerek kialakítása is, és Christian Thomasius, majd utána különösen nagy hatással Christian Wolf hallei jogászprofesszorok az 1700-as évek közepére a német jogot mögöttes jogelvi és fogalmi anyagával együtt egységes rendszerbe foglalták.

Az ezidőtájt a jog fölött - különösen a porosz területeken - rendelkezni kívánó abszolutista uralkodók már ezzel a jogszerkezettel kerültek szembe, és a jog fölötti politikai rendelkezést egy jórészt absztrakt jogfogalmakon és joglogikai elveken nyugvó jogrendszerben igyekeztek elérni. A porosz területeken már ekkor eltiltották az Aktenversendung gyakorlásától a bíróságokat, az 1800-as években pedig fokozatosan visszaszorult ez, bár véglegesen csak az 1879-es bírói szervezeti törvényben mondták ki az aktafelküldés tilalmát egész Németország területére vonatkozóan. Ez a formális kizárás azonban már semmivel nem csökkenthette az egyetemi jogtudós réteg jog fölötti diszponálását. Több száz év alatt kicsiszolt termékük, a jogdogmatikai-jogelvi rendszer ott lapult az összes, most már akár nélkülük készített törvényben. A bíróságok és a gyakorlati jogászok növekvő rétege az ő tankönyveiket alapul véve tekintett a jogra és a törvényekre. Az 1800-as évek végére tetőzött a több száz éves "tudósjog" formába öntése, és a vaskos-rendszeres monográfiák alapján máig élő kódexeket léptettek hatályba az egyesített Németországban. A századunkban kiterjedő jogi szféra új területei (munkajog, pénzügyi jog stb.) erre az absztrakt fogalmakon nyugvó technikára építve fejlődtek, annak ellenére, hogy itt már jobban meghatározóvá vált az egyetemi szférától elszakadt és professzionizálódott bírói kar is.

A nagy kódexek hatályba lépése után ugyanis a végletesen feszített fogalmi jogászat visszacsapásaként, de az egyetemi berkekben is ellenük fellépő érdekkutató irányzat majd a szabadjogi mozgalom hatására a több száz éves egyetemi jogtudósi dominancia csökkenni kezdett. Az általuk megteremtett jog kodifikálása után, már a jog kibomlott intézményrendszerében, ahol a bírói kar is a kialakított jogtudós stílust és gondolkodási módot vette át, fölöslegessé vált az

egyetemi professzorok korábbi folyamatos igénybevétele. Továbbá felgyorsították a domináló szerep bírói karhoz átkerülését az első világháború utáni gazdasági és társadalmi válság eseményei is, amikor a teljesen más körülményekre szabott kódexek rendelkezéseit eseti bíráskodásukban a felsőbíróságok maguk voltak kénytelenek átalakítani (Wiacker 1967: 543-558). A XIX. századi feszes jogdogmatikai rendszer így kibővült-átformálódott a bírói gyakorlatban kialakított új standardokkal, jogelvi megoldásokkal. Viehweg kifejezésével: a dogmatikai rendszer "topikai" aspektusokkal bővült (Viehweg 1974: 81-93). Ezt már csak folytatta a II. Világháború utáni új nyugat-német alkotmányban lefektetett alapjogok fölötti alkotmánybírói gyakorlat, mely egy még absztraktabb szinten formálja át a hagyományos jogterületek dogmatikai megoldásait. (A nemzetközi magánjog viszonyában ennek jelzését lásd: Mádl 1984. Az egyetemi jogdogmatikai tevékenység azonban, mint az előző fejezetben látható volt, partnerként itt is belép az alkotmánybírói mellé az alapjogi dogmatika monográfiáival, de részben az egyetemi jogászprofesszorok alkotmánybíróvá választásával közvetlenül is. Az egyetemi tudomány és termékeik, a jogdogmatikai-jogelvi modellek dominálása – most már részben a "eltudományosodott" bírói kar közvetítésével - a jogszabályszovegek és ezek gyakorlati realizálása közé ékelődve megszüntethetetlennek bizonyult.

### 3.2. Az egyetemi jogtudomány a francia jog fejlődésében

A némettel szemben Franciaországban a jog gyakorlati meghatározása terén az egyetemi jogtudomány csak a feudalizmus korai évszázadaiban töltött be fontos szerepet. A királyi udvar az 1200-1300-as években egyrészt a pápa befolyása elleni küzdelmében, saját szuverenitása alátámasztására használta fel a képzett jogászokat, másrészt a helyi hűbérurak feletti hatalmának megerősítésére. A központi királyi bíróságot, az eleinte a királyi udvarral összefonódó „parlement”-et egyre inkább a római jogból doktorátust szerzett embereivel töltötte fel, és a legkülönbözőbb kancellári hivatalokba jogvégzetek kerültek. Ez az egyetemi jogász dominancia később két okból is megtört az 1500-as évektől. Egyrészt a bírói állásokat elkezdtek árúba bocsátani, hogy a királyi udvar fenntartásához elegendő pénzt tudjanak biztosítani, és a lassanként öröklődő vagyonba bekerülő bírói állásokra már nem a képzett jogászok kerültek. Másrészt rontotta a jog minőségét és a jogtudósi bekapcsolódás lehetőségét a francia jogba ettől az időtől kezdve, hogy a büntető ügyek vonatkozásában bevezették 1539-től a titkos eljárást, amely csak az iratok alapján folyt le, és az ügyvédek kirekesztették belőle (l. Králik 1903/I:78). Ez a titkosság pedig egészen 1789-ig fennállt, és így az alapul vett jogi szabályok ismerete és a tényállás megállapításának folyamata évszázadokra el volt zárva a nyilvános elemzés elől. Igazán csak az 1800-as évek végétől történt meg az egyetemi jogtudomány képviselőinek rendszeresebb bekapcsolódása a gyakorlati jog életébe, ám ekkor már csak a bírói kar dominanciája mellett mehetett ez végbe. Ennek következtében létrejött "értelmezési szűrőben" nem az egyetemi jogászprofesszorok, hanem a bírói kar szűri-szelektálja a politikusok törvényszövegeit.

Az említett titkosság miatt az ügyfeleket és ügyvédeket az eljárás kezdő szakasza után kirekesztve folyt a bírói eljárás, és a bírói ítéletek sem fedték fel a döntések jogi alapját, sőt az 1500-as évek végéig még a bíróság által végül is elfogadott tényállást sem (Dawson 1968:302). Ennek eredeti oka a királyi hatalom politikája volt, amely sok politikai ügyet jogi ügyként intéztetett el a párizsi Parlamenttel, és nem kívánta a tényleges okok nyilvános megismerését, majd a királyi udvar ügyeibe eleinte közvetlenül belefolyó Parlement ügyeinek titkossága spontán

módon kiterjedt ítélkezési gyakorlatára is. Ez a gyakorlat aztán évszázadokra rögzítődött, és csak a francia forradalom után tűnt el, ill. mint majd látni fogjuk, új formában akkor is megjelent egy idő után.

A lassan-csonkán rendszereződő francia joganyagot kezdték az 1600-as évektől tanítani az egyetemeken is - addig csak kánonjogot és délen ezen kívül római jogot tanítottak, de a gyakorlati életben ez nem sokat ért, hisz ott a szokásjogot alkalmazták a bíróságok. Ennek következtében a francia forradalom előtt alig néhány évtizedre éledt fel ismét az egyetemi jogászprofesszorok szerepe némileg a gyakorlati jogéletben is, és készült el egy pár rendszerező munka a francia jog egyes területeiről. Közülük is elsősorban - a munkáira támaszkodó Code Napoléon révén - Pothier hatása maradandó, aki már bíróként lett Orleans egyetemén professzor, és élete végéig párhuzamosan volt bíró és egyetemi professzor is (Fikentscher 1975 Band I.:409).

Akadályozta a jogrendszer továbbfejlesztésében a "parlementek" bíráit az is, hogy - sokszor a francia történelem eseményei által kényszerítve - folyamatosan bekapcsolódtak a politizálásba. Korábban a királyi udvar intrikáiba; a száz éves háború alatt az elűzött királyok helyett kényszerűen átvette a párizsi Parlement az egész régió irányításának és szabályozásának ügyeit; az abszolutizmus felé haladva a királyi rendeletek regisztrálását alkalmanként megtagadva - és a nemesi rétegekkel azonosulva - szembeszálltak az abszolutista uralkodókkal. Mindez azonban nem mentette meg ezt a bírói réteget a kitörő forradalomtól, melynek képviselői előtt a titkos és kiszámíthatatlan jogszolgáltatás mintaképeit, az elsöprendő rend egyik legrosszabb részét jelentették.

A forradalom folyamán a legteljesebben le kívántak számolni a régi rend jogszolgáltatásának minden vonásával, és a polárisan szembenálló jellemzőkkel rendelkező felvilágosult jogrend megteremtésére törekedtek vasakarattal és kíméletlen eszközökkel. Rousseau és Montesquieu eszméi sehol sem éltek olyan tisztán mint a forradalom vezetői között. Kizárólagos parlamenti törvényhozást akartak, ahol a törvény szövegén túl a bíró egy betűt sem tehet a népakarathoz, és mint a törvény több oldalról kontrollált szolgája egyszerűen csak kiolvassa az ítéletet a világos törvénytövegből. Eleinte még fellebbezési bíróságokat sem akartak létrehozni, nehogy a törvény és a politika ellenfeleinek bástyáivá váljanak, és csak Napóleon hatalomra kerülése után intézményesítették ezeket. Mint a törvényhozás "pörölyét" hozták létre a bírói rendszer csúcsára telepítve a Kasszációs Bíróságot, amely szorosan a törvényhozáshoz kötve és évenként részletesen beszámolva minden törvénytöveggel szembenálló bírói ítéletet megsemmisíthetett. Ám elkerülendő, hogy a törvényhozás jog fölötti kizárólagos rendelkezésének csonkítójává váljon, önálló döntési jogot nem kapott ez a szerv a megsemmisítés lehetőségén túl.

A jogot azonban nem sikerült a törvénytöveghez kötni. A forradalomtól megfélemlített, részben kiirtott, emigrálásra kényszerített bírák utódai a Kasszációs Bíróságon a legteljesebben igyekeztek tartani magukat a törvény szolgája szerephez az első években, és olyan lakonikus ítéleti formát alakítottak ki, amely ugyan most már jelölte az ítélet jogi alapját és az alapul vett tényeket, de mivel a teljes mérlegelési és megfontolási munkát már csak a forradalom ideológiája miatt sem írhatták be az ítéletbe - hisz e szerint az csak egyszerű dedukció volt a törvény szövegéből - ezért ismét csak reprodukálódott a forradalom előtti helyzet: a bíróságok tényleges döntési alapjai rejtve maradtak, és csak formálisan idézték meg a tárgy szerint odaillő törvényhelyet. E mérvadó bíróság ítélkezési stílusát hamarosan követte az összes bíróság, és a lakonikus, végletekig tömörített francia ítélkezési stílus máig élő hagyomány (Kötz 1973:249, 1988:648).

Az egyetemi jogtudományra nézve ez ismét végzetesnek bizonyult. A forradalom eleve ellenséges volt az egyetemekkel szemben, amelyek kívül maradtak és

ellenálltak a felvilágosodás eszméinek, és azok csak rajtuk kívül tudtak megszerveződni (Ben-David 1971: 42.48). Nem kevésbé állt szembe a forradalom az önálló jogászai gondolkodás eszméjével is, és egy időre még az egyetemi jogi képzést is megszüntették 1790-től, de ugyanígy az ügyvédi kart is feloszlatták. Csak Napóleon állította vissza 1802-ben ezeket, igaz az ügyvédi kart erőteljesebben állami ellenőrzés alá vonták ettől kezdve (lásd Králik 1902/I.: 88).

Ebben a helyzetben a francia bíróságok "új titkolózása" ismét csak a gyakorlati jogéleten kívül rekedt egyetemi jogtudomány kialakulásának kedvezett. A nehezen újjáéledő egyetemi jogtudomány egyszerűen áldozatul esett a francia ítélkezési stílus törvényszöveghez kötöttséget mímelésének, és a jogot ténylegesen azonosnak hitte a kódexek rendelkezéseivel. Hisz a felvilágosodás ideológiájának akkor még élő ereje, mint parancsoló kötelességet amúgy is ezt állította, és csak a bírói gyakorlat belső ismerete billenthette volna ki ebből a hitből az egyetemi jogtudósokat, attól azonban az előbbi okoknál fogva el voltak vágva. Az exegétikus iskola, amely a XIX. század döntő részében dominált a francia jogi fakultásokon, e háttér előtt válik érthetővé.

A tényleges helyzetet ismerő bírói réteg és a gyakorlati jogászok előtt általában is ez a jogtudomány használhatatlanként jelent meg. Az új körülmények, a kiterjedő ipari forradalom hatásai az egész francia társadalomra egyre inkább használhatatlanná tették az 1804-es Code Napóleont, amely a maga idejében sikerült alkotásnak számított, de a XIX. század közepén eredeti szövegét már "mímeléssel" sem lehetett élőnek tekinteni. (Lásd a Code és a gyakorlat eltéréséhez: Eörsi 1975:501). A Kasszációs Bíróság gyakorlata egyre markánsabban átforgatta a kódexet, és a mindennapi jogi élet számára mind fontosabbá vált a tényleges magánjogi állapotok ismerete, ill. a bíróságok számára is az eseti döntések mögött az átfogó rendszerbe illesztések elvégzése. Mivel a jogi fakultások "exegétikus" monográfiái elfutottak a valóság mellett, a gyakorlati jogászok kezdték el ismét - mint ahogy több száz évvel korábban is - a rendszerezés elvégzését (Allen 1964:179). Ennek eszközévé a rendszeressé váló, bírói döntések publikálását végző sorozatok új találmánya, az "analitikai jegyzet" vált, amely minden fontosabb felsőbbbírósági döntés ismertetése után annak rendszertani helyi értékét, átfogóbb összefüggéseit a joganyagban igyekezett elemezni röviden (Dawson 1968: 398). Eleinte gyakorlati jogászok írták ezeket is, de a század közepétől néhány "deviáns" jogászprofesszor is beszállt készítésükbe, és szórványosan megindult az egyetemeken felől is a jog realitásának felfedezése. Később az analitikai jegyzetek minősége, terjedelme növekedett, fontosabb eseteknél kisebb tanulmányokká váltak, és a kialakuló komplexebb jogkép alapján a századfordulóig a jogi fakultásokon megtörték az exegétikus iskola pozícióit. Több száz év után csak ettől kezdve beszélhetünk Franciaországban a jog összerakásába integrálódó egyetemi jogtudományról. Ez az integráció azonban csak a bírói kar hegemoniája mellett mehetett már végbe.

A teljes megértés kedvéért azonban itt egy kitérőt kell tenni. A francia jogi élet fejlődésében ugyanis egy sajátos kettősség jött létre az 1800-as évek közepétől indulóan. A napóleoni kódexek elfogadása után eltelt időszak növekedésével, másrészt az iparosodással és a társadalmi komplexitás fokozódásával a szöveghez kötött bírói ítélkezés és általában a jogi kérdések megoldása közvetlenül és kizárólagosan a jogszabályok szövegéhez kötve egyre inkább lehetetlenné vált. Az ezekből fakadó kényszerek a legtöbb országban abba az irányba hatottak, hogy a szöveghez kötött jogi élet fokozatosan a bírói gyakorlat, a jogtudományi dogmatikai támpontok és normák tömegével bővült ki. Franciaországban ezzel szemben a jogrendszer megkettőződése kezdett kialakulni, és ez máig hatóan szilárdan meghatározza a francia jogrendszert. A nyilvános bírói érvelésen és ítéleti formán túl kialakult ugyanis egy nyilvánosságtól elzárt és csak a bírák illetve az ügyészek számára hozzáférhető jogi kommunikációs szféra, amely a jog szövegrétege mellett elfogulatlanul támaszkodik a bírói precedensjogra, a jogirodalmi álláspontokra és

jogpolitikai megfontolásokra is (lásd Lasser 1995; 1998). A hivatalos bírói ítélet alig fél- vagy egy oldalas szöveg, amely csak utal az alkalmazott jogszabályi rendelkezésre és az e rendelkezés által megkövetelt ténybeli eseményekre és cselekvésekre, majd kimondja, hogy melyik fél javára döntött, illetve büntetőeljárásban rögzíti a kiszabott büntetést. Mint egy szillogisztikus gépezet jelenik meg ezen ítéleti forma alapján a bírói ítélkezés, amely csak kiolvassa az evidens döntést a törvényből.

E hivatalos bírói érvelés mellett azonban kialakult egy nyilvánosságtól elzárt bírói kommunikációs szféra, amelyben a legelfogulatlanabban nyúlnak vissza egy sor döntési támponthez az alkalmazott jogszabályi szövegen túl. Ez a "hátsó-bizalmas" bírói kommunikációs szféra a fellebbezésekre kerülő ügyekben az egyes perek előadó bírójának "rapportjára" és az ügyészség oldaláról az "avocat general" "konklúziójára" alapozva jött létre. Az előadó bíró az ítélkező bírói tanácsban levő kollégái számára összefoglalja az ügyet, a tényeket, az eddigi eljárás főbb mozzanatait, és a felmerülő jogi dilemmákat. Ezek a bizalmas "rapport"-ok a hivatalos ítélethez képest a legszélesebben tartalmazzák a tények mérlegelésében meglévő lehetőségeket, a vonatkozó törvényi rendelkezések hézagainak, ellentmondásainak bemutatását, az eddigi bírói gyakorlatot a legfelsőbb Kasszációs Bíróság vonatkozó ítéleteinek bemutatásával, sőt a felmerült dilemmákra a fontosabb jogirodalmi álláspontok ismertetése is megtalálható legtöbbször ezekben (Lasser 1995:1357-1398). A hivatalos ítélet fél-egyoldalú terjedelméhez képest ezek a rapportok 50-60 oldalt is kitesznek, és a tényleges ítélkezési folyamat egésze jól megismerhető belőlük. Az "avocat general", aki a közérdek védelmében vesz részt a polgári jogi perekben is, része ennek a bizalmas-zárt bírói kommunikációnak, és amellett, hogy ő is megismerheti az előadó bírói rapportját, maga is készít egy hasonló részletességű "konklúziót", amely a jogi szövegen túl a bírói gyakorlatot, a jogirodalmi álláspontokból fakadó normatív támpontokat is részletesen ismerteti. Mivel a rapport és a konklúzió informálisan alakult ki, és a francia jogi kultúra törvénytörvény-tiszteletének hagyományai miatt feszültséget jelenten a törvénytörvényen túli normatív támpontok felhasználásának bevallása az ítélkezésben - illetve a törvénytörvények hézagjainak és ellentmondásainak beismerése -, ezért a szűk bírói és ügyészi körökön kívül ezekhez nem lehet hozzá jutni. Még a francia jogtudósok számára is zártak a bíróságok irattárai. De mint a kivételes hozzáféréshez jutott amerikai kutató jelzi, a rapport és a konklúzió az ezt készítő bíró és az "avocat general" saját tulajdonának számít, így az ügy lezárása után nagyon sokszor egyszerűen kiveszik ezek a "saját tulajdonukat" az ügy dossziéjából, és hazaviszik (Lasser 1995:1358). Így csak azok a dossziék tartalmazzák ezeket, amelyek lezárása még nemrég történt meg, és még minden írat benne van. Évente sok tízezer ilyen rapport és konklúzió készül, és ezekből a Recueil Dalloz, a felsőbírói ítéletek "analitikai jegyzeteit" publikáló folyóirat közöl három-négyet. De ezek is már csak alaposan szűkítve kerülnek publikálásra., Mint Lasser írja, az 50-60 oldalas rapportok, konklúziók - melyeket ő a bírói irattárakban talált, a Recueil Dalloz-ban már csak öt-hat oldalra szűkítve kerülnek kiadásra (Lasser 1995:1362).

A jog többretegűsége, a szövegrétegen túli további normatív támpontok nélkülözhetetlensége így a francia jogi életben is bebizonyosodik. De míg a többi országban ez nyíltan bevallva és vállalva ment végbe az 1800-as évek közepétől indulóan, addig a franciák ezt a bírói kommunikációs szféra megkettőződésével oldották meg. A nyilvános bírói ítélet a jog szövegrétegére szűkülve, mint egy szillogisztikus gépezet mutatja be a bírói döntést, ám a nyilvánosságtól elzártan a bírói precedensjog, a jogdogmatikai monográfiák és az általános jogelvek és eszmék követelményeinek bevonása is állandóan megvalósul a törvénytörvények felhasználása mellett.

### 3.3. A jogtudományi kontroll hiánya az angol jogban

Megelőlegezve a következőkben található fejtegetéseket, röviden azt lehet mondani, hogy az angol jogban nem ment végbe - a kontinens mérvadó jogrendszereitől eltérően - a jogi szabályozás absztrahálódása, sőt ezzel szemben az ez irányú középkori kezdeményezések után az 1700-as évektől mind szigorúbbá vált a precedensek követésének kötelezettsége, a "régi döntés", a "stare decisis" elve. Az 1800-as évek végére ez abban kulminált, hogy a legfelső bírói fórumot jelentő Lordok Háza kimondta önmaga kötöttségét is saját korábbi döntéseihez, amelyet rövid idő alatt követett az összes felsőbbíróság. (Korábban ezek is csak a hierarchikusan felsőbb bíróság precedenseihez voltak kötve.) A jog így mind inkább leszűkült a konkrét szituációkra szabott bírói ítéletek "ratio decidendi"-einek (döntési alapjainak) összességére. Az ez idő tájt felerősödő statute law (törvényi jog) a parlament és a kormány által kiadott jogszabályok ebbe a jogi szerkezetbe és az ehhez szokott-szocializált jogász tevékenységbe léptek be, így a kontinensen kimutatható "hermeneutikai puffer", a törvénytörvény és eseti alkalmazása közé ékelődött jogász transzformáció itt csak kis mértékben létezik. Mint majd látható lesz, ez azonban egyáltalán nem teszi könnyűvé az angol parlament és a kormány életét, és az elmúlt évszázadban egy sor intézkedéssel próbálták korrigálni a jogász professzió belül a szószerinti törvénytörvény-értelmezéshez ragaszkodás negatívumait.

A precedensekhez és az állam rendelkezéseihez való ragaszkodás nem volt mindig ilyen merev Angliában. Az 1500-as években még komoly jelek voltak az addigra már a központi királyi bíróságok gyakorlatában kialakult "common law" szabályainak átfogóbb méltányossági elvekkel való ötvöztetésére, és az ezek korrekciójára létrejött equity (méltányossági) bíráskodás egy sor átfogó római jogi elvet emelt be az angol jogba (David 1977: 145-149). A római jog recepciójának folyamata azonban elakadt Angliában, és a jog absztrahálódása helyett a bírói precedensek követésének technikáját kezdték tökéletesíteni. A korai angol egyetemeken római jogi oktatása így egyre inkább elhalt, funkciótlanra vált, és a jog formálását, a jogászképzést, a jog autentikus rögzítését a gyakorlati jogi élet képviselői monopolizálták.

Mint látható volt, a jog rögzítésének és felmutatása módjának döntő fontossága volt a kontinens országaiban. A német területeken - a széteső helyi szokásjogok mellett - az egyetemi jogtudomány vált a római jog felmutatójává, Franciaországban a bírák által kezelt jog titkossága máig hatóan meghatározta a francia jogfejlődést. Angliában a céhszerűen zárt szervezetbe tömörült és a jogászság utánpótlását szorosan kézbentartó barristerekhez (ügyvédekhez) került a jog rögzítése. A bírói ítéletekről készült "report"-okat az 1500-as évek közepéig évkönyvekben tartották nyilván, ezek megszűnte után pedig egy-egy nagy bíró adott ki a döntésekből gyűjteményt. (Pl. Coke főbíró 11 kötetben kiadott gyűjteménye említendő itt az 1600-as évek elején.) A "reportok" minőségének és technikájának tökéletesedésével egyre inkább felerősödött a követelés a releváns precedensek kötelezőnek tekintésére. Az 1800-as évek közepén a két ügyvédi réteg, a barristerek és a solicitorok központi szervei egy szervezetet hoztak létre (Council on Law Repots), amely a fontosabb felsőbbírósági döntésekről készített riportokat rendszeresen nyilvántartja és megjelenteti. Ezentúl persze az ebből kihagyott döntések is kötelezőek, és amennyiben bármely barrister hitelesít egy erről szóló beszámolót, az ugyanúgy jognak számít, amit releváns ügy felmerülésekor idézni lehet a bíróságokon (Allen 1964: 85).

Jog az, amit a barristerek és a közülük kinevezett felsőbbíróságok tagjai eldöntöttek, "reportálnak" és későbbi ítéletek jogalapjaként kikereshetnek a gyűjteményekből és bírósági irattárakból. A common law-nak ebbe a szerkezetébe a jogtudomány nem

tud beleszólni. Pontosabban jelezni kell, hogy az angol jogtudományt eleve nem lehet a kontinentális értelemben vett, rendszerező-absztraháló egyetemi jogtudománnyal összetéveszteni. A jog fejlődésében főbírák, gyakorlati jogászok (Glanville, Bracton, Coke, Blackstone etc.) alkotásai jelentik az angol jogtudomány mérföldköveit, amelyek a rendszerezések ellenére jobban a bírói döntési anyaghoz tapadnak (Allen 1964: 265). Egyetemi jogtudomány, amely a gyakorlati jog tényleges működését Angliában befolyásolni tudta volna, a múlt század végéig nem volt. John Austin múlt század eleji néhány éves próbálkozása egyetemi előadásokkal még teljes közönybe fulladt, aminek lelki következményeit Austin még évtizedekig ezután Németországban "pihente ki". Csak a múlt század utolsó évtizedeiben indult meg Oxfordban és Cambridgeben az angol jog tanítása (Dawson 1968: 96). Az ezután keletkező absztraktabb rendszerező művek gyakorlati jogba átgyűrűzése azonban egy sor akadályba ütközött. A múlt század közepén az egyik "Law Lord" a Lordok Házában még némi büszkeséggel mondhatta, hogy a legfrissebb terméket a jogtudományból számára Blackstone akkor már 100 éves kommentárjai jelentik. Lord Eldon 1814-ben mint dictumot (a bírói ítélet döntési alapokon túli kommentáló része) mondta ki, hogy egy jogtudóst, aki állítását nem a bíraskodás szituációjában alakította ki, mint autoritást nem helyes bíróság előtt idézni (Paton 1972: 264). Később ez a szabály századunk elejére annyival enyhült, hogy élő szerzőt tárgyalóteremben idézni nem lehet, és halála után is csak mint nyomatékostól érvet egy fennálló jog bizonyítására.

Az angol common law merev "ratio decidendi"-khez kötöttsége sok problémát okoz a jogászságnak magának is. A meg nem felelőnek bizonyult korábbi precedenseket ugyan a "distinguishing", a megkülönböztetés technikájával lokalizálni, gyökerelteleníteni és így csendben elhalásra kényszeríteni tudják (ti. csak a teljesen azonos korábbi esetre hozott precedensek kötelezőek, így némi különbség kimutatása révén ki lehet bújni alóla) ill. ezen kívül a fölötte bíróságok "over-ruling"-ja, felülbírálása segítségével lehet korrigálni egy lassú folyamatban az inadekvátnak bizonyult vagy a társadalmi változásokkal azzá vált precedenseket. A mai kor mindenoldalú gyors változásai és az események sokszoros összefüggései egyre inkább növelik a common law angol merevségű típusánál a válságjelenségek számát. Sokszor a bírák és az ügyvédek maguk sürgetik újabban a parlamenti törvényhozást egy-egy törvény kibocsátására a precedensek változtatásának útján orvosolhatatlan anomália eltüntetésére. A kialakult attitűdök miatt azonban a jogász professzió egésze még ma is úgy tekint a common law szabályait módosító törvényekre, mint egy külső hatalom ereje miatt elviselendő rosszra, amit lehetőleg kevés kártevésre kell visszaszorítani (Allen 1964:456). A precedensrendszer technikai tökéletesítésének menetében, majd a XIX. századtól növekvő parlamenti törvényhozással szembeni ellenállás következményeként jól megfigyelhető az írott jog értelmezésének egyre szűkülő stílusa. A törvények és más állami rendeletek értelmezésére a szabályokat több évszázados hatállyal az 1584-es Heydon-ügy kapcsán fektette le egy ítélet. Ez a "mischief rule", amely szerint a bírónak azt kell szem előtt tartani egy "statute" alkalmazásánál, hogy milyen bajt akart vele a törvényhozó eltüntetni, milyen gyógymódot rendelt el ennek céljából, és a bírónak az egyes esetekben úgy kell eljárni, hogy a gyógymód minél hatásosabban érvényesüljön, az orvosolni kívánt baj pedig minél teljesebben eltűnjön (Allen 1964: 495).

Az erősödő parlamenti törvényhozással szembeni védekezés menetében a múlt század első felében (1836-ban) egy olyan dictum született, amely a "mischief rule" törvényhozói szándékot középpontba helyező vezérelve helyett leszűkítette a bíró értelmezési kötelezettségét fő szabályként a szószerinti értelmezésre, és a törvényhozói szándékot csak akkor lehet figyelembe venni, ha az adott törvény szövegében szó szerint is megfogalmazásra került. Ezentúl eltérésre csak akkor van lehetőség, ha az értelmezés következményeként az adott esetben abszurd kihatásra vezetne az ítélet. Ezt egészítette ki egy néhány évtizeddel későbbi, Lord Halsbury által kimondott ítélet dictuma: ha átfogó kifejezéseket, fogalmakat használ egy

törvény, akkor azt csak leszűkítve lehet értelmezni azokra a dolgokra, amelyeket szó szerint használt a szöveg a kontextusban (Odgers 1967: 184).

A tényleges bírói gyakorlatban azonban sokszor még ennél is szigorúbban ragaszkodnak a törvény szószerinti értelmezéséhez, és mivel e szabályok dictumot és nem ratio decidendi jelentenek - ilyen átfogó értelmet egy ratio decidendi nem is tartalmazhat - ezért a bírák egy részénél még az abszurditáshoz vezető eredmény árán is ragaszkodás figyelhető meg a törvény szavaihoz. Ösztönzi ezt a Lordok Háza által is követett, e dictumnál szűkebb szöveghez tapadás sok ítéletben. Ha pedig nem abszurditáshoz, hanem csak értelmetlenséghez vezet ennek következtében az ítélet, azt még ezen dictum szerint sem küszöbölheti ki a bíró.

Ennek egyik példáját jelentette egy 1870-es törvény alkalmazása hosszú ideig - amíg egy következő törvény szó szerint nem módosította az anomáliát okozó rendelkezést - a feleség házasságon belüli különvagyonáról. A törvény ugyanis kimondta, hogy a feleség a férjétől függetlenül rendelkezik e vagyon fölött, és pert is indíthat ennek keretében, de mivel a törvényszerkesztő hibájából kimaradt az, hogy önállóan perelhető is a feleség a különvagyon tárgyaira, így a bíróságok évtizedekig ragaszkodtak a férj párhuzamos perlésére az ilyen esetekben is (Allen 1964: 497). Az angol bírák mindenben engedelmességek a parlamentnek és a kormánynak, amennyiben szó szerint statute-ban rögzítették szándékukat, céljaikat. Ezt azonban a szövegen túl nem kutatják. A preambulumot 1957-től már elismerik a törvény részének, de a parlamenti törvény-előkészítési anyagok, vagy a miniszteri indoklás figyelembe vételét több magas szinten kimondott dictum tiltja a bíróságok számára.

A törvényhozók váltakozó sikerrel küzdenek a "túlságosan hűséges" bírói kar szószerinti jogértelmezésével. Egyrészt igyekeznek minuciózus pontossággal minden lehetséges esetet szószerinti említéssel a szövegbe foglalni, a lehetséges felmerülő kivételeket teljes körben felsorolni, így a kontinentális jogász számára hihetetlen és abszurdnak tűnő részletességű törvényeket produkál ez a "current English style of legislative draftmanship" (Denning 1983:98). Másrészt egy értelmezési törvényt adtak ki a múlt század végén, amelyben kötelezték a bíróságokat bizonyos pontosan rögzített "lazaságokra". Pl. ha a törvény egyes számot használ, a bíró köteles többes előfordulási esetben is alkalmazni a törvény rendelkezését, ha a szöveg "embert" ír, az "asszonyt" is jelent stb. Illetve ezentúl egy szókészletet egyesével definiált, és amennyiben ezek a szövegben előfordulnak bármely statute-ban, a bírának úgy kell tekinteni azokat, hogy a törvényhozó ebben az értelemben gondolta őket a szövegbe foglaláskor. A törvényszerkesztők asztalán ez a definíciós szótár mindig ott fekszik, a bírák pedig kötelesek így érteni a kifejezéseket.

A "hermeneutikai puffer" hiányának ez talán a lehető legteljesebb megnyilvánulása, a törvényhozók és a minuciózus részletezések, közbeszúrások, kivételek halmaza miatt a bírák és az ügyvédek számára azonban szinte elviselhetetlen terhet jelent ez a jogszerkezet. Kiutat a törvényhozó szándéka kutatásának felerősítésében látják. Akárhány monográfiát olvas át az elemző az abszurdá váló szószerinti értelmezés meghaladására, ott csak a "purposive interpretation", a szándékkutató értelmezés merül fel mint megoldás. (Lásd pl. e módszer fő gyakorlati propagálójának, Lord Denningnek a könyvét: 1983.) Ha tehát egyszer létrejön a törvénytörvény és az eseti realizálás közötti rés az angol jogban, akkor feltehetően a bírói kar szerepe fog itt is megnőni, a jogtudományi kontroll szerepe csak csekély lehet.

### 3.4. Az amerikai jog - a precedensköttöttség oldódása



A kiindulópont az amerikai jog fejlődésénél - a függetlenség elnyerése után - az ott meghonosított angol common law volt, de az azóta eltelt két évszázadban nem követték az angol precedensgyakorlat megkeményedését, hanem épp ellenkezőleg egy sor ok miatt inkább a kontinentális Európa gyakorlata felé tolódott el az amerikai jog. Ha az angol jog elemzését azzal zártuk, hogy ott a statute law szövege és eseti realizálása között nem jött létre "hermeneutikai puffer" - és ez egy bizonyos komplexitás fölött növekvő problémákat okoz -, akkor itt ennek bizonyos fokú megjelenését lehet már a bevezetőben említeni. Értelmezési törvények kifejezés-definiáló szótárakkal itt is léteznek az egyes tagállamok jogaiban, és egy sor törvény külön is definiálja az általa használt fontosabb kifejezések teljes jegyzékét, mintegy kötelező szótárt mellékelve a törvényhez (Zweigert/Kötz 1984: 309). Az amerikai jog szerkezete azonban komplexebbé és rugalmasabbá tudott válni, mint az az angol jog esetében látható volt. Ha a jog egész professzionális intézményrendszerét és nem csak a joganyagot tartjuk szem előtt, akkor tűnik csak igazán szembe az amerikai és az angol minta eltérése, és másrészt teszi ez érthetővé a joganyag szintjén is észlelhető eltéréseket.

Alapvető fontosságú eltérések találhatók már az angol és az amerikai jogásztársadalom belső szerkezete között is. Míg Angliában a barristerek céhszerűen zárt csoportja diszponál a jog fölött és a felsőbbíróságok tagjai kizárólag csak belőlük kerülhetnek ki - minél magasabb szintű bíróság, annál hosszabb barrister múlthoz kötve kinevezésüket -, addig az Egyesült Államokban egyrészt a jogászképzés és az ügyvédi vizsga egy kompetitív és nyitott egyetemi rendszerben intézményesedett, másrészt a bírói kinevezéshez jogi diplomán kívül semmilyen előfeltétel nem szükséges (Abraham 1980: 25). Ez a nyitott és óriási belső konkurencia mellett működő jogásztársadalom már kiindulópontokban lehetetlenné tette a jogászságnak a jog fölötti centralizált rendelkezését, míg Angliában a maroknyi "Law Lordban" a Lordok Házában összefutó centralizált professzió fegyelmezett hadsereggé tudta birtokba venni a jogot.

Egy további fontos eltérést jelent a jog szempontjából Angliához képest nem is az írott alkotmány léte az Egyesült Államokban - ez inkább a politikai rendszer belső szerkezete szempontjából fontos -, hanem ezen belül az alkotmányos alapjogok rögzítése ill. az egyes jogszabályok *közvetlenül ezekhez mérése*. A XIX. században ez még - a szörványos kísérletek után - csak alárendelt szerepet játszott, de az elmúlt fél évszázadban markánsná vált. Az összemérés pedig itt nem csak a legfelső bíróság dolga - mint ahogy a kontinensen a helyzet áll -, hanem az összes bíróság számára nyitott lehetőség. Angliában a 70-es évek közepén némi vitát provokált néhány publicista egy absztrakt emberi jogi törvény követelésével, továbbá az Emberi Jogok Európai Chartája is ott lebegett fenyegetésként a szószerinti törvényértelmezéshez tapadó bírói technika fölött, ám végül egy parlamenti bizottság felállításával elaludt az ügy. (Lásd Abernathy 1983: 441.) Végül az 1990-es évek végén fogadták el ezt, de hatásait csak évek múltán lehet majd feltérképezni. Az Egyesült Államokban azonban a bíráskodás fogékonyabb az alapjogok iránt, és sok esetben formálták át rajtuk keresztül az egyszerű törvényeket. Ezt a fogékonyt a szűkebb technikai jogszemlélet meghaladására fokozza a bírák kiválasztásában meglevő politikai mozzanat is. A tagállami szintű bíróságokat általában választják, és annak ellenére, hogy formális ez a választás, az e fölött diszponáló politikai "bossok" politikai érdeklődést és közéleti szereplést is figyelembe vesznek az egyes bírák jelölésénél. (Ennek torzító veszélyeire lásd: Abraham 1980: 23-99.) A szövetségi szintű bíróságok tagjainak kinevezésében - az amerikai jogászszövetség központi szervének bizonyos kontrollja mellett - szintén szerepet kap a korábbi közéleti érdeklődés és szerepjátszás. Mindez a társadalompolitikai szempontokra is jobban rezonáló bírói kart hozott létre, és az alapjogok absztrakt rétege ennek a bíróságnak a kezébe van letéve.

Talán a legfontosabb eltérést az angol jog szerkezetétől az amerikai common law egységének hiánya jelenti. A valamikor átvett angol common law anyagát az egyes tagállamok az évszázadok alatt eltérő irányokba fejlesztették tovább, ill. lévén ezek a kérdések a tagállami törvényhozások hatáskörében, az írott jog révén történő belenyúlás ebbe a joganyagba eltérő irányokba fejlesztette tovább a valamikor egységes common law-t. Mindezek az eltérések más szerepet juttattak az egyetemi jogtudománynak, mint Angliában. A kezdeti, inaskodáshoz hasonló, ügyvédi irodákban végzett jogászképzést itt már az 1800-as évek végétől kezdte felváltani az egyetemeken jogi iskoláinak képzése, és egy-egy nevesebb egyetemre az összes tagállamból áradtak a diákok. Az 50 tagállami common law-t nem taníthatták, így spontán módon az átfogó jogintézmények, jogi módszerek oktatására került a hangsúly. Néhány évtized alatt az amerikai jogélet pozícióit az így képzett bírák és ügyvédek foglalták el, és az egyetemi jogtudomány befolyása a gyakorlati jog működésére hamar láthatóvá vált (Rheinstein 1970:4). A múlt század vége és századunk első évtizedei az amerikai jog szerkezetét nagy lépetekkel a kontinentális európai jog sajátosságai felé közelítették. Az American Law Institute által szervezve egy-egy jogterület legnevesebb professzorai vaskos kötetekben dolgozták ki a különböző tagállamok common law szabályaiból absztrahálva az adott jogterület főbb dogmatikai rendszerét és szabályanyagát, majd konzultálva a felsőbb bíróságok tagjaival és a nevesebb ügyvédekkel, mint "restatement"-eket publikáltak ezeket. Az 1930-as évekre már 27 ilyen kötet foglalta össze a "professzori jogot", mint az egységes amerikai common lawt (Paton 1972:265). Ha azt a reményt nem is váltották be végül, amit szervezőik és elkészítőik tápláltak irántuk, a bírósági gyakorlatot nagymértékben befolyásolták ezek a nem hivatalos kódexek (Rheinstein 1970:7). Ezek a munkák néhány esetben szövetségi törvények létrejöttét is inspirálták. Így pl. ezek révén áttörést tudtak elérni, és a korábban szétszórt precedens szabályok helyett a "jogalap nélküli gazdagodás" (unjust enrichment) egységes jogintézménnyé formálása létrejöhetett, míg Angliában ezt egy egész ennek elérésére irányuló mozgalom se tudta kikényszeríteni (Martinek 1983:285).

A széttagolt amerikai common law tehát az egységesebb egyetemi jogász-professzori csoportban és az országos hírű egyetemi jogi iskolákban integráló eszközre lelt, és ez egy európai felé közelítő jogdogmatikai szűrőt hozott itt is létre. Az elmúlt évtizedekben azonban úgy tűnik, hogy bár a jogászprofesszorok szerepe nem csökkent, de egy akcentus-eltolódás figyelhető meg e csoporton belül (Rheinstein 1970:7). Röviden: a század első évtizedeinek jogdogmatikai-analitikai beállítódásából mindinkább a társadalompolitikai következményekre figyelő mentalitás vált dominálónak e csoporton belül. Ennek okaként felmerül a college-okban általánossá vált társadalomtudományos képzés hatása, a jó ideig növekvő állami beavatkozás szociálpolitikai szemléletének légköre, de az 50-es évektől felerősödő alapjogi viták és polgárjogi mozgalmak kihatásai is említhetőek (Rheinstein 1970:8). Az amerikai jogéletnek ezekre a változási tendenciáira a későbbiekben még részletesen visszatérünk.

*Összegezve még egyszer e fejtegetéseket:* a jogdogmatikai tevékenység és az alkotmányjogi alapjogi elvek mérlegelése révén "hermeneutikai puffer" az amerikai jog szerkezetében is megfigyelhető, még ha ez nem is éri el a német vagy a francia jogrendszer esetében létező méreteket.

#### 4. A jog mint professzionális intézményrendszer

Niklas Luhmann társadalomelméletének korrekciójával a társadalom funkcionális

alrendszereit professzionális intézményrendszerekként fogalmazzuk meg (lásd ennek részletes kifejtését Pokol 1999). Vizsgáljuk meg, hogy a jog professzionális intézményrendszere milyen főbb sajátosságokat mutat fel a többihez képest.

#### 4.1. A jog szigorúbb rendszerszerűsége

A legtöbb professzionális intézményrendszeren belül az értelmi összefüggések rendszerjellegét csak a közös bináris kódolódás biztosítja az erre rászorító szocializációs, értékelési és jutalmazási mechanizmusokon keresztül. A jog esetében azonban egy ennél szigorúbb értelemben is fennáll az értelmi összefüggésrendszer biztosításának szükségessége. A tudomány esetében például a tudóst csak a tudományos igaz/hamis értékelés szakmai ethosza és a tudósközösségen belül az adott korszakban elfogadott bizonyítási etc. eljárás szabályai kötik, egy-egy tudományterületen belül azonban egymással ellentmondásban lévő és konkuráló elméletek, elemzések probléma nélkül megférnek hosszabb ideig is. Vagyis a tudományos állításoknak nem kell összeállniuk tartalmilag egy ellentmondásmentes értelmi egésszé egy-egy tudományágban egy adott korszakban. A jog professzionális intézményrendszerén belül ezzel szemben nem csak homogenizálnak kell lenniük *értékelési szempontból* egy adott kor jogi szövegeinek, hanem egy egységes és ellentmondásmentes értelmi egésszé kell összeállnia a jog normarendszerének.

A tartalmi ellentmondás-mentesség biztosítása egy bizonyos komplexitás fölött egyre nagyobb problémákba ütközik, és kiterjedt szellemi tevékenységet tesz szükségessé. Épp a jog pozitívalódásával párhuzamosan vált markánssá az ellentmondás-mentességet biztosítani igyekvő jogdogmatikai tevékenységi szint a kontinentális jogrendszerekben a XIX. század elejétől (l. Larenz 1979: 2-143). Ilyen módon a jogi intézményrendszeren belül *több, egymástól részben elkülönült jogi döntési szint épült ki*, és a jog különböző funkciói közötti ellentmondások ill. e funkciók közötti hangsúlyváltások az elmúlt évszázadban a komplex jogi rendszer *valamelyik rétegére* leszűkítő jogelméleteket hoztak létre. A komplex jogi rendszer mozgása a jogalkotási eljárásban szabadon változtatható és rögzített jogforrási hierarchiában megjelenő joganyagtól és a részben ettől független jogdogmatikai továbbfejlesztéseken, továbbá az eseti jogalkalmazásokon át az állampolgárok mindennapokban rutinszerűen követett szokásnorma rendszeréig követhető nyomon. Így a jogot a törvényszöveggel vagy a jogi fogalmi világgal vagy ezzel szemben a mindennapok "élő jogával" azonosító jogpozitivizmus, a Begriffsjurisprudenz és a század eleji jogszociológiák mint a *többrétegű jogi rendszert egy-egy rétegre leszűkítő jogfelfogások jelennek meg*.

Milyen kapcsolatok mutathatóak ki a jogi intézményrendszer egyes rétegei között? Számunkra úgy tűnik, hogy e kapcsolatok rekonstruálása alapvetően attól függ, hogy a modern jog milyen funkcióját tartjuk döntőnek. A jog instrumentalista szemlélete az állami-politikai célok társadalmi gyakorlatba átvitelét tekinti meghatározónak a jog funkciói közül, és *a jogot öntudatlanul a jogforrásokban megjelenő jogi szövegre szűkíti*. A jogdogmatikai szint ekkor csak mint a jogalkotás "szolgálóleánya" és mint a felpörgő jogszabály-változtatás utólagos stabilizálásának területe jön számításba. (Lásd Luhmann korai jogszociológiájának koncepcióját: 1972:274.) A jogdogmatikai szint azonban nem pozitívalódott, nem épült át olyan gyorsan változásra, mint a törvény papírára került jog, ezért ebben a szemléletben mint a törvényjog kényelmetlen gátja jelenik meg a konzerváló jogdogmatikai rendszer, amelyet minél hamarabb a pozitívalódott jogi szövegek gyors változására kell átépíteni. (Luhmann korai anyagain kívül lásd különösen Nonet és Selznick 1979-es munkáját.)

Ezt a jogpozitivizmust két oldalról is tagadni lehet. Tagadták a századforduló évtizedeiben a papíron lévő jog és az életben lévő ténylegesen követett normák egymástól való elszakadásának oldaláról a különböző jogszociológiai irányzatok (Ehrlich 1913; Pound 1981; e probléma magyar nyelvű elemzéséhez lásd Kulcsár 1976). Tagadni lehet azonban a törvényt pozitívizmust egy teljesen más irányból: a joganyag *belső egységét és értelmi rendszerszerűségét biztosító jogdogmatikai kategóriák védelme felől is*. A jogalkotás ugyanis sokkal szorosabban odakötött a meglévő jogdogmatikai kategóriákhoz, disztinkciókhoz, speciális jogi fogalmakhoz stb. mintsem elegendő lenne ehhez a jogdogmatika "utólagos stabilizáló" szerepét hangsúlyozó megfogalmazás. Ez a megfogalmazás már a rendszerelmélet felől nézve is problémás. A joganyag egységes rendszerén belül egy jogszabálysöveget egy egyedi esetre alkalmazni úgy, hogy az megfeleljen az átfogó összefüggéseknek, csak akkor lehetséges, ha a jogszabály szövegének létrehozásakor (vagyis a benne levő értelem specifikálásakor) olyan fogalmakat, disztinkciókat, megjelöléseket használtak, amelyeket már beillesztettek a jogi értelmi összefüggés egészébe. Ha új szituáció szabályozása merül fel, melyben eddig nem definiált tárgyak, hétköznapi fogalmak bevonása válik szükségessé, akkor ez csak abban az esetben veszt el irritáló jellegét, ha rövid idő alatt tisztázzák az új fogalmak, tárgyak besorolhatóságát a meglévő fogalmi anyagba. (A mindennapi nyelv és a jogi specifikálás viszonyához lásd: Podlech 1984.) Vagyis a jogdogmatika nem a "szabad" jogalkotás eredményének kialakítása után lép munkába, hanem ott van, ott kell lennie az új jogszabályok alkotásánál, és már ott szelektál a politikai célok jogi nyelvre átültetésénél is.

A jogdogmatikai továbbfejlesztési szint és a jogalkotás változtatási mechanizmusai bizonyos fokig kölcsönös önállóságot is élveznek egymással szemben. Egy kisebb mértékű "túlfutást", nem bevett jogi fogalmakkal való operálást nagyobb veszély nélkül tolerálhat az eseti jogalkalmazás, és a bírák az új, még jogidegen fogalmakat asszimilálni tudják az egymáshoz csiszolt jogi kategóriák közé. Amikor ezt a küszöbértéket azonban átlépi a betóduló nem jogi fogalmak özöne, akkor kezd káosszá válni a jog világa, és eseti-praktikus megoldásokba menekül a jogalkalmazó (lásd de Lazzer 1975:85). Másik oldalról, a jogdogmatikai továbbfejlesztés sincs kizárólag a jogalkotáshoz kötve, annak új normaszövegeit utólag szisztematizálandó, hanem gondolati konstrukciókat és hipotetikus jogeseteket kreálva igyekszik feltárni a jogi-fogalmi világ hézagait, változtatási lehetőségeit. Ezzel pedig további szabályozási területek kialakítására nyílik lehetőség anélkül, hogy ott már lenne jogalkotásban kialakított jogszabály (Esser 1972:104).

Ezért számunkra úgy tűnik, hogy a komplex jogi rendszer *többrétegűségét* legmegfelelőbben akkor tudjuk elméletileg megragadni, ha középpontba a jogdogmatikai szintet, ennek kategóriakészletét és az itteni továbbfejlesztési tevékenységet állítjuk, és innen vesszük szemügyre mind a jogalkotási eljárásban produkált anyagot, mind az eseti jogalkalmazásban létrehozott jogi döntéseket.

A jognak ezt a többrétegűségét különböző tematizálásban, mint láttuk, már megtalálhatjuk a jogelméleti irodalomban. Míg a század eleji jogszociológiák az "élő" normaanyagot állították szembe a papírral, addig az utóbbi évtizedekben a jogi szövegréteg mellé a jog rendszerszerűségét megtestesítő kategóriák oldaláról emelnek ki egy más jogi réteget. Arthur Kaufmann a "Gesetz" és a "Recht" elkülönítésével fejezi ki ezt. "A törvény és a jog nem ugyanaz. Ezek nem alkalmilag különböznek egymástól, hanem sokkal inkább ontológiai és lényegszerű a különbségük. A törvény és a jog úgy viszonyulnak egymáshoz, mint a "potencia" és az "actus", mint a "lehetőség" és a "valóság". A törvény még nem a jog valósága, hanem csak egy, noha szükségszerű lépcső a jog megvalósulása útján. A törvény egy általános norma, a lehetséges esetek sokasága számára, a jog ezzel szemben egy valóságos szituációt "itt és most" dönt el." (Kaufmann 1972:157). Még tisztábban

mint Kaufmann megy el az általunk jelzett irányba Josef Esser "Vorverständnis" (előértelmezés) kategóriája, amely a jogi szövegrétegen túl a jogi egész értelmi összefüggésrendszere felé utal (Esser 1970). Ugyanez a kétrétegűséget Friedrich Müller a "Rechtsnorm" és a "Normtext" különválasztásával jelzi (Müller 1972:42-146).

A törvénytörvény pozitíválódása tehát túlzottan magára vonja a jogelméleti szemlélődő figyelmét. Ebben az a nem tudatosított feltevés rejlik, hogy a jog eseti alkalmazása számára *a szövegben problémamentesen benne van a jogi rendelkezés értelme*, és abból rögzített jogértelmezési módszerekkel ez az értelem teljes mértékben kiemelhető. Ennek másik oldala a Montesquieu-re visszanyúló meggyőződés, hogy a törvényalkotó törvényét a bírói szféra "szubszumáló automataként" tudja alkalmazni az egyes esetekre.

Egy-egy értelmezésbeli átalakulás közelebbi elemzése jól mutatja az itteni illúziókat. Forstoff mutatta ki az 50-es évek végén, hogy milyen messzemenő következményeket hozott magával az egész joganyag szempontjából az a látszólag jelentéktelen módosulás, amely a német alkotmánybíróság gyakorlatát jellemezte egy ideig. Az alkotmánybíróság ugyanis néhány fontos döntésében Rudolf Smend 1928-as interpretációját fogadta el az alkotmányba foglalt alapjogok tekintetében, és mint *értékeket* fogta fel ezeket, amelyek egyrészt az egész alkotmány értelmezésénél mérvadóak, de másrészt az egész jogrendszer mögöttes értékeit is jelentik. Az értékek természete azonban más, mint a jogi normáké, és az ezekhez kötött, rögzítettebb jogértelmezési módok ennek következtében kikerülnek az alkotmánybíráskodási gyakorlatból. "Amennyiben Smend ezeket az alapjogokat, amelyeket az ember eddig individuális jogként értelmezett, értékke nyilvánította, ezzel nem egyszerűen egy új aspektust fűzött a meglévő jogfelfogáshoz, hanem egy másik logikai dimenzióba tolta ezeket át." (Forstoff 1965:157). Forstoff olyan eseteket ír le ezután, amelyekben az alkotmánybíróság egy-egy ilyen alapértéket az alkotmány más rendelkezése mögé illetve, mintegy emelőként használva azokat, egy sor törvényi rendelkezést alkotmányellenesnek minősített, noha azok a hagyományos jogi értelmezési módszerek szerint kétségkívül alkotmányosnak minősültek volna. Számunkra itt most nem Forstoff konkrét példái a fontosak - egy következő fejezetben részletesen foglalkozunk az alapjogok alkotmánybíráskodási gyakorlatának kérdéskörével - csak a törvénytörvények képlékenységre szeretnénk vele utalni az éppen alkalmazott értelmezés szerint. Ez a helyzet nem csak az alkotmányjog területén áll fenn, hanem kisebb mértékben még a dogmatikailag olyan zárt jogterületen is, mint a büntetőjog (lásd Pavlowsky 1984:34).

A kontinentális jog tehát a joganyag törvénytörvényként való pozitíválásával valamint a jogalkotás és a jogalkalmazás között közvetítő jogdogmatikai szint kiépítésével együtt képes több-kevesebb probléma mellett a jog egészének értelmi összefüggését biztosítani. A jogdogmatikai szintnek azonban nemcsak a jogalkotás és a jogalkalmazás felé van közvetítő szerepe és így összetartó funkciója, hanem a jog egész professzionális intézményrendszerét is döntő mértékben ez integrálja. Mint a bevezető részben jeleztük, egy professzionális intézményrendszer főbb aspektusait a professzionális résztvevők felé irányuló rekrutációs-szocializációs, ill. értékelési-jutalmazási mechanizmusok jelentik. Ezekben az aspektusokban kell a központi értékduálnak domináló helyzetbe kerülni ahhoz, hogy egyrészt homogenizálódni tudjanak az értékelési-szelekciós szempontból a rendszeren belüli tevékenységek - és ezzel megteremtődjék egy komplex értelmi összefüggésrendszer kerete -, másrészt ennek révén egy átfogó és spontán rendképződés tudjon létrejönni a pusztá szervezeti-hierarchikus rendszerképződés felett. Az univerzális értékduál azonban nem "meztelenül" jelennek meg az említett aspektusokban a résztvevők számára, hanem a szakmai ethoszba, tipológiákba rejtve, bizonyító-értelmezési eljárások egyoldalúsító lépésrendjébe ágyazva. A központi értékduál dominálása révén a többi értékszpont rutinizált visszafogása válik lehetővé, illetve ezek csak a központi értékduál prizmáján megtörve, annak keretei között fejthetik ki

döntésbefolyásoló-alternatívvaszelektáló szerepüket.

A jog esetében a profi jogász rekrutálási-szocializációs mechanizmusai az egyes országokban eltérő hatékonysággal tudják ezt a jogos/jogtalanra szűkített rutinírozott értékelési beállítódást létrehozni. Alapvető különbség van ebből a szempontból a jogászképzést szorosan a jogászrétegekhez kötött angol- ill. amerikai modell, és a német- ill. a francia általános értelmiségi képzésbe integrált jogászképzési modell között. (Lásd ehhez különösen Rüchemeyer 1976; David 1977:288-306; Varga 1967.) Az amerikai és az angol jogászképzés jobban leszűkül a jog belső sajátosságainak átadására és a specifikus jogászi nézőpont szocializációjára a jövő jogászgenerációi számára, mint a diffúzabb értékszempontokat közvetítő német-francia egyetemi modell. Az utóbbiak elsősorban értelmiségieket képeznek, és csak ennek alárendelten professzionális szakembert. A jogi oktatás anyagát azonban a német-francia modellben is az egyes jogterületek kialakult jogdogmatikai kategóriakészletei, a gyakorlati jogalkalmazásban követendő értelmezési módszerek, specifikus jogi argumentációs és joglogikai lépések tanítása alkotja. A jogi oktatásban különösen jól látható a jogot a pozitív jogi szövegekre szűkítő jogelméleti beállítódás problémája. A gyorsan változó törvényszövegeket tanítani haszontalan foglalatosság, mivel ezek nagy részét már a jogi diploma kiadása idejére hatályon kívül helyezik. A hosszabb távra tekintő jogi oktatásban a jog mélyebb rétegét, a jogágak jogdogmatikai rendszerét kell tanítani, és ezzel a jövő jogászt egy életre szocializálják a jogi egyetemeken. A mélyebb jogdogmatikai réteg tanításához pedig csak példálózva lehet felhasználni az éppen hatályos jogi szövegeket. Az a joganyag, amely mögött nincs ilyen leülepedett jogdogmatikai kategóriakészlet, jórészt taníthatatlan, és már ez okból is valószínűen papírnagnak kell maradnia.

Itt azonban egy fontos különbségre kell felhívni a figyelmet. Alapvető kiindulópontunk tehát az, hogy ha egy joganyag mögött nem tudott kialakulni egy mélyebb rendszerszerűséget biztosító jogdogmatikai kategóriakészlet és ennek karbantartására szakosodott döntési-továbbfejlesztési szint, akkor "evolúciós zsákutcát" lehet ezen a jogterületen megállapítani, és a taníthatatlan, értelmezhetetlen, alkalmazhatatlan joganyag nem tud igazán hatni a társadalmi gyakorlatra. A közigazgatási jog és a hagyományos jogterületek (magánjog, büntetőjog) ütköztetésével némileg közelebbről lehet megvilágítani ezt a megállapításunkat. Közismert, hogy a közigazgatási jogban csak csökevényesen épültek ki jogdogmatikai kategóriák, és különösen igaz ez a pénzügyi jog területére (lásd Sajó 1983:118). Ha azonban ezt a különbséget összevetjük e két jogterület egy másik fontos különbségével, akkor érdekes felismeréseket nyerhetünk. A dogmatika léte vagy hiánya az egyes jogterületeken *fordítottan esik egybe az adott terület mögött álló szervezeti hierarchiák létevel vagy hiányával*. Az erős dogmatikával ellátott magánjog vagy büntetőjog mögött ugyanis nincs olyan szervezeti hierarchia, amely alacsonyabb szintű jogszabályokkal ad hoc módon változtatni és a körülmények változásával újra meg újra átépíteni lenne képes ezt a joganyagot, és még ezen túl az eseti alkalmazásban is hatósági segédlettel realizálná az itteni szabályokat. Itt döntően elég az absztrakt kódex-szerű jog, a mögötte szisztematizált jogdogmatikai-döntési szinttel, az eseti jogalkalmazásban pedig csak a bírói hierarchia felsőbb lépcsői segítenek be az egységes rendszerszerűség biztosításába. Ezzel szemben a közigazgatási és pénzügyi joganyag kazuisztikus jogszabály tömege mögé a csökevényes jogdogmatikai egységteremtés helyére egy erős és tagolt szervezeti hierarchiát látunk felépülni, amelynek felső részei maguk is alkotnak konkretizáló joganyagot, alsóbb részei pedig az alkalmazandó jogszabályt esetről-esetre maguk kontrollálják.

*A szervezeti hierarchia joganyag mögé telepítésével és e hierarchia ad hoc módon történő mozgatásával, új instrukciók rövid időközönkénti szétsugároztatásával pótolni lehet egy bizonyos komplexitási szintig a stabilabb jogdogmatikai egységteremtést. Ez azt is jelenti, hogy ilyen esetben a jogos/jogtalan értékelési szempontok*

dominálása csökken, és a szervezeti hierarchia lépcsőfokain a politikai prioritások sugároznak erősebben lefelé. Jelezni kell még itt a szerkezeti hasonlóságot az oktatási szférában megfigyelhető helyzettel. Központi értékduál és így spontán rendképződés hiányában ott is erős szervezeti rendszerképződést láthatunk kifejlődni, miután a többszintes oktatási szféra egy komplexitási fokot elért. A jogdogmatika alulfejlettsége a közigazgatási- és pénzügyi jogban magának a jogos/jogtalan értékduálnak a szervező erejét fogja vissza, és ezért szükséges e jogterület erős szervezeti hierarchizáltsága, amely egy pontig pótolni tudja a jogdogmatika integratív erejét. Az összehasonlítással másik oldalról is fontos tendenciák jelezhetőek előre, ha figyelembe vesszük a közigazgatási bíráskodás utóbbi évszázadában a növekvő teljesítményt. Az így kialakuló jogdogmatikai kategóriarendszer e joganyagot is közelíti a hagyományos jogterületeken látható szerkezethez, és ez a létrejött extenzív szervezeti hierarchiák leépülése felé hathat a jövőben.

A szervezeti hierarchiák leépülése felé mutatnak e jogterületeken más gyökérből származó tendenciák is. A jogdogmatikai szint felerősödése mellett néhány jogterületen olyan változások is kimutathatóak, amelyek itt *a joganyag tartalmi egységét magát* látszanak fölöslegessé tenni. Günther Teubner a munkajog területén mutatta ki a centralizált egységes jog helyére lépő procedurális joganyagról és az ennek alapján létrejövő decentralizált kollektív szerződési anyagról, hogy ez a fejlődés a materiális ill. a formális típusú jog helyére a "reflexív" jogot hozza létre, amely a decentralizált döntési szintek számára csak a döntések kialakításának eljárásait szabályozza néhány döntő ponton. Teubner ezt a reflexív jogi szerkezetet egy sor további területre látja kiterjeszthetőnek (Teubner 1982, 1984, 1986; magyar nyelvű elemzését ld. Pokol 1988:102-118). Átfogóbb elméleti meglátásainkból értékelve most Teubnernek ezeket az elemzéseit azt mondhatjuk, hogy ezzel a jognak az a szigorúbb *értelmi rendszerszerűsége enyészik el*, amely az egységes-homogenizált értékelési szempont fölött még egy ellentmondásmentes tartalmi egységet is megkövetelt a jogi intézményrendszeren belül. Azokon a jogterületeken, ahol Teubner reflexív joga realitássá válik, hasonul a rendszerszerűség például a tudományon belüli helyzethez, ahol szintén csak az igaz/hamishoz kötött bizonyítási eljárások és rugalmasabb értékelési keretek biztosítják az értelmi összhangot, de tartalmi egység az eltérő paradigmák, elméletek, kiindulópontok között nincs.

#### 4.2. A jogásztársadalom struktúrája

Az értelmi egységet, rendszerszerűséget döntően a jogdogmatikai réteg biztosítja a jog intézményrendszerén belül, de a jogásztársadalom eltérő szerkezete az egyes országokban különböző akcentusokkal látja el a jog professzionális intézményrendszerének egészét. A jogásztársadalmak mai eltérő szerkezetét pedig döntően az államtársadalomra ható szerveződési mechanizmusok különböző arányai, történelmi változásai befolyásoltak az egyes országokban. Egyet kell érteni Dietrich Rüchemeyerrel, aki a sok különböző befolyásoló ok mögött az egyes országok jogásztársadalmi közötti eltéréseket arra látja visszavezethetőnek, hogy milyen mértékben tudott kifejlődni a piacracionalitás, vagy ezzel szemben állami bürokrácia dominál-e a társadalomszervezésben (Rüchemeyer 1976:2-3). A két szervezési elv eltérő dominanciája és az ennek következtében létrejött eltérő szerkezetű jogásztársadalom sajátosságai jól láthatóvá válnak az amerikai és a német jogi élet összehasonlításával.

A német jogásztársadalom fejlődésében jól demonstrálhatóak azok a tendenciák,

amelyek a jogi szférát elválasztották az államhatalom közvetlen meghatározásától, és mára a társadalom többé-kevésbé önálló intézményrendszerévé tették. A német bírói és ügyési kart (mint ahogy a kontinensen minden országban) mindig is nagyon erős állami kontroll jellemezte. A jogásztársadalom - és vele a jog - autonómiáját azonban tovább csökkentette az a korlátozás, ami a németeknél az ügyvédekre érte az államhatalom felől. A mai ügyvédség elődeit itt 1879-ig nem is ügyvédeknek nevezték, hanem "Justizkommissar"-nak, és nagyon visszafogott létszámban a kormány nevezte ki ezeket. Az állam általi kézbentartásukra jellemző, hogy Berlinben 1879-ben 100 ilyen Justizkommissar működött (Rüschmeyer 1976:165). Különösen fontos ebben a szoros állami meghatározottságban kiemelni, hogy ennek révén a jogásztársadalmon belül csak nehezen és csökevényesen tudott kialakulni a különböző jogász pozíciók közötti mellérendeltség, és az állami bürokrácia hierarchikusságának attitűdje egészen máig hatóan áttevődött a jogi szférába. (Lásd ehhez: Scheider 1974:47-119). Az erőteljes állami meghatározás másrészt csökkenteni igyekezett a jogásztársadalmon belüli önmozgást, az államtól független dimenziók mentén létrejövő belső tagozódást. Jól kiugrik ez, ha a németet az ellenkező modell szerint alakuló amerikai jogásztársadalommal hasonlítjuk össze.

A központi jogászalakot az Egyesült Államokban az államtól teljesen független, egymással kemény konkurenciában álló ügyvédek jelentik. Amíg a németeknél az ügyvédi réteg ma is a jogásztársadalom peremére szorított és a bírói pályától hermetikusan elzárt, (azaz ügyvédi pályára lépett jogásznak nincs visszaútja a bírói karhoz), addig az amerikai, belső konkurencia által szervezett jogásztársadalomban a bírói kar az ügyvédi rétegre épül: a bírói kar rekrutációja - kinevezésük vagy választásuk - a már nevet szerzett ügyvédekből történik (David 1977:348-350). Homogénebb tehát a jogi értékelés körül szerveződő amerikai jogásztársadalom, mint a belső határokkal mereven szétszabdalt német jogászság. De ugyanez a helyzet az angol jogásztársadalomnál is, noha itt a "barrister" és a "solicitor" ügyvédi rétegek múltból megmaradt kettébomlása nem tette lehetővé az amerikaihoz hasonló belső homogenitás létrejöttét. Jelezni kell persze, hogy a közeljövőben itt változás várható, mert a hírek szerint az angol kormány keresztülvitte azt a törvénytervezetét, amely e kettéoszlás leépülését és a szabadabb ügyvédi konkurencia kiépítését célozza.

Az amerikai jogásztársadalom tagoltsága tehát nem külső hierarchiák és értékelések mellett jött létre. Az éles konkurencia egy sor sajátos fejlődési vonalat produkált az amerikai jogászságon belül. Az egyik ilyen sajátosság az ügyvédi réteg szakmai, vagyoni, presztízs szempontból kialakult mély tagoltsága. Míg a német ügyvédség fő alakja a nem túlságosan specializálódott magányos ügyvéd, céhes korlátokkal vagyoni gyarapodása és ügyvédi irodájának kiterjesztése előtt, addig az amerikai jogásztársadalomban az utóbbi száz évben nagy ügyvédi cégeket alakítottak ki a sikeresebb ügyvédek. Az ilyen nagy ügyvédi cégek ma az Egyesült Államokban az összes ügyvédi megbízások 15-20%-át szerzik meg, és különösen fontos, hogy ezek az ügyek szinte kizárólag a legbonyolultabb jogi kérdések megoldását igénylik. Mindezek révén a nagy cégek specializálódott ügyvédei team-munkában a jogi problémamegoldás szellemi munkáját magas szintre tudták fejleszteni. A nagy ügyvédi cégek keretei között ugyanis specializálódni lehet meghatározott területre, nyugodtan bízva a cégen belüli más specialisták támogatásában egy-egy komplex jogi kérdés körbejárásánál. Ezzel szemben a magányos ügyvédeknek a kollegiális segítség a konkurencia-szituáció miatt kizárt. Ennek következtében az amerikai nagy ügyvédi cégek és a magányos, céhes korlátok mellett tevékenykedő német ügyvédek jogászai teljesítménye közötti különbséget némileg ahhoz a különbséghez lehet hasonlítani, amit pl. az egészségügyben a specializálódott klinikák és a körzeti orvosok által képviselt szakértelem eltérései jelentenek. Dinamikájában nézve pedig még inkább növeli az amerikai nagy ügyvédi cégek súlyát az ottani jogásztársadalmon belül, hogy az utánpótlás forrásai és az itteni minőségi differenciák tovább fokozzák az ügyvédségen belüli presztízs-különbségeket. A



nagy ügyvédi cégek ugyanis kizárólag csak az elit jogi karokról (Harvard, Yale etc.) vesznek fel utánpótlást, míg a silányabb minőségű egyetemek végzősei a nem specializálódott kis ügyvédi irodákat töltik fel (Rüchemeyer 1976:39).

A jogi szférán belüli piacnak persze egy sor negatívuma is van, mint ahogy a piacracionalitás minden szférában kitermel ilyeneket. A jogásztársadalmon belüli "trükkös" ügyvédi réteg, a megvetett salak éppúgy létrejön a jogi piac révén, mint ahogy az egyetemi piac is létrehozta Amerikában az elit egyetemek mellett a gyenge minőségű főiskolák sokaságát. De ahogy az egyetemi szférában is a jól működő reputáció-rangsorok jelenítik meg a minőséget, és mutatják az elkerülendő "salak" határait, úgy a jogi szférán belül is a reputáció-rangsorok jelző mechanizmusai biztosan mutatják a minőség helyeit. Azt lehet mondani, hogy a külső hierarchiák és adottságok helyett a "jogi piac" révén bizonyos fokig a *jog belső értékelési mechanizmusai mentén* létrejött reputáció-hierarchiák jutnak érvényre a jogásztársadalom szerveződésében. A tudományban, az egyetemi szférában vagy akár a sportszférában ezt korlátozás nélkül lehet állítani (ld. Pokol 1989c:185-211), a jogi szféra vonatkozásában azonban árnyaltabban kell fogalmazni.

Itt is hasznos lehet a német és az amerikai jogi szféra összehasonlítása. Az amerikai jogásztársadalommal szemben, ahol a jogászság 75%-át az ügyvédek, 3%-át a bírák adják, a passzív bírói tevékenység mellett a perben a nagyon aktív ügyvédi tevékenység juttatja érvényre a jogot. Ettől a képtől a német jogásztársadalom két szempontból is eltér. Itt a jogászság sokkal nagyobb arányát adja a bírói kar még ma is, és az ügyvédség aránya sem éri el az amerikaiánál látott arányt (Rüchemeyer 1976:31). Másrészt a német jogi perben a bírói szerep igen aktív, míg az ügyvéd szerepe sokkal korlátozottabb amerikai kollégáénál.

Ha a két jogásztársadalomnak ezt az eltérő szerkezetét és a jogi piac szervező szerepének eltéréseit egymásra vetítjük érdekes felismerésekre lehet jutni. Az amerikai jogi szférát döntően a piacorientált ügyvédség uralja, és az itteni jogi mechanizmusok értékeléseiből - a nagy reputációt szerzett ügyvédek soraiból - építkezik a kis létszámú bírói kar, mintegy meghosszabbítva a jogi piac értékeléseit. Ezzel szemben a német jogi szférán belül a jogi piac korlátozott az ügyvédségen belül is, a jog fölött domináló bírói kar pedig végképp ki van vonva minden jogi piaci mechanizmus alól. Ugyanakkor ez a bírói kar az absztrakt jogdogmatikai fogalmakban "szívta magába" a jogot, szisztematizált jogtudományi tankönyvekből kapta meg egységes egészbe foglalva a joganyagot, és nem a konkrét esetek jogon túlmutató aspektusaival összefüggésben, mint az a piacról élő amerikai ügyvédi gyakorlatnál jellemző. Vagyis az Egyesült Államokban a kevésbé szisztematizált joganyag mellett és a passzívabb bírói kar integráló ereje hiányában a jogi piac értékelései segítenek be a jog professzionális intézményrendszerének integrálásába, ezzel szemben Németországban a csökevényes jogi piac helyett *a szisztematizált jogdogmatikai anyagra koncentráló aktív bírói kar hozza létre a jogi szféra rendszerszerű egységét*. Az amerikai jogi piacot így bizonyos fokig a feszebb jogdogmatikai kategóriarendszer funkcionális ekvivalenseként foghatjuk fel. Előnye a jogi piacnak, hogy rugalmasabb egységteremtést hoz létre, mint a merevebb jogdogmatikai integrálás. Nyilvánvaló persze, hogy csak arányeltolódásról lehet szó közöttük, és egy szinten túl ez a helyettesítés nem lehetséges. Mindenesetre, ha elfogadjuk Günther Teubner érvelését, hogy bizonyos komplexitáson túl a tartalmi-dogmatikai egység fenntartása problémákba ütközik, akkor a jogi piac integráló ereje még nagyobb szerephez jut. (Persze Teubner maga nem a piac, hanem a "tárgyalásos", neokorporatista formákban jelöli meg "reflexív" jogként a megoldási irányt.) Hátránya viszont a jogi piacnak, a vagyoni differenciák hatását behozva, hogy a szegényebb rétegeket a jogi eljárásokban következetesen rosszabb helyzetbe hozza. (Amennyiben persze megfelelő rendszer jön létre a szociálisan hátrányos helyzetűek perköltségeinek állami-szociálpolitikai szempontú finanszírozására, ez a hátrány csökkenthető.)

Összegezve a jogásztársadalmak szerkezeti eltéréseiből nyerhető felismeréseket: a jogdogmatikai réteg fontossága és működése nagy mértékben függ a jogon belüli piacracionalitás szervező erejétől, az egyes jogász rétegek arányától, viszonyuktól és tevékenységeik jellemzőitől.

#### 4.3. Hermeneutika és jogdogmatika

A jog professzionális intézményrendszerének belső sajátosságát, többretegűségét, komplex felépülését a jogelméleti irodalomban többen tematizálták. A magyar jogtudományban Peschka Vilmos az esztétikum sajátosságaira koncentrálnak a lukácsi kategóriák átvitelének útját választotta (ld. Peschka 1988). Varga Csaba korábban a rendszerszerűsége, a jogon belüli rendszerező-kodifikáló tevékenységre koncentrálnak alakított ki önálló vizsgálati irányt (pl. Varga 1973), míg a későbbi években elsősorban a jog belső zártsága körül alakította ki elemzéseit (ld. Varga 1986, 1988). Az erősebben jogszociológiai vonalat követő Sajó Andrásnál a jogdogmatika fontosságának kiemelését láthatjuk a jogtudománynak a jogi szféra és a tudomány közötti eltolódásait nyomon követő munkájában (Sajó 1983:114-124). A jog más irányú megközelítését jelenti a jogi hermeneutika vizsgálata. A magyar irodalomban Peschka Vilmosnál találhatunk ehhez elemzéseket. A nemzetközi irodalomban - különösen a német és a skandináv országok irodalmában - ezeket a megközelítési irányokat kiegészíti még a *jogi argumentáció* oldaláról induló elemzés (ld. Alexy 1978; Peczenik 1983), ill. a jogi logika felőli vizsgálódás. Számunkra úgy tűnik, hogy a jog belső sajátosságát és komplex működését az említett irányzatok közül a *hermeneutikából indító elemzés képes megragadni, ha ezt a jogdogmatikai irodalom meglátásaival ötvözni tudjuk.*

A hermeneutikai nézőpontot minden szociális-kulturális képződménynél alapvetőnek kell tekinteni. Csak ennek konzekvens szem előtt tartása menti meg a vizsgálódót a mindennapi gondolkodás rutinjától, amely - sajátosságainál fogva szükségszerűen - evidensnek veszi a szavak jelentését, és bármilyen szöveget olvasva-hallva problémamentes megértést tételez fel a mindennapi élet millió szituációjában. Az értelemátadásnak ez a problémamentessége azonban rögtön eltűnik, ahol a közvetlen szóbeli értelemátadás írásbelivé rögződik, és kiszakad a megértést többé-kevésbé biztosító közös szituációkból, így a kommunikáló partnerek közösen osztott háttértudását se lehet előfeltételezni. Az utóbbi 200 év európai modernizációja pedig az értelemátadás egyre nagyobb hányadát ilyen írásbeli formák közé vitte át. A problémamentes megértés így egyre inkább elveszti előfeltételeit, azonban a kialakuló új írásbeliségen nyugvó mechanizmusok mozgatói továbbra is a megértés korábbi problémamentességét tartják nem tudatosan szem előtt. A hermeneutika új lendülete az utóbbi évtizedekben ezt emelte erőteljesen napvilágra. (Lásd különösen: Gadamer 1984; Habermas 1973).

A hermeneutika általános tételét úgy lehet összefoglalni, hogy *a szövegben nincs benne a teljes értelem, hanem azt a megértésnél különböző kontextusok felelevenítésével újra kell alkotnia a megértőnek.* Gondolatébresztő dolgokat mond ki Gadamer, amikor egy szöveg, egy általános elméleti tétel megértésénél elveti a szokásosan bevett elképzelést ezek önálló értelmezéséről, amit utólag csak alkalmazni kell, és e helyett abból indul ki, hogy alkalmazás (és ennek képessége!) nélkül *nem jön létre magának az általános tételnek a megértése sem* (Gadamer 1984:283). Az ilyen megértés ugyanis csak úgy lehetséges, ha az általános tételt rögtön egy alá tartozó különös vagy egyedi eset fényében tudja a megértő szemlélni, és így az absztrakt kontúrokat felerősítve-konkretizálva érkezik meg hozzá a tétel, a csupasz szöveg értelme. Ezután is tovább erősíti az adott állítás

értelem-kontúrait más, alá tartozó esetekkel, illetve alá nem tartozó esetekkel való ütköztetés. Csak így rekonstruálható bármely átfogó állítás értelme. "Az applikáció nem valami adott, s először magába véve megértett általánosnak az utólagos alkalmazása a konkrét esetre, hanem csak az applikáció jelenti annak az általánosnak a valódi megértését, amelyet az adott szöveg számunkra képez." (Gadamer 1984:240). Gadamer kiemelése fényében külön vennénk ezért a szokásosnál erősebben a megértéstől a *memorizálást*, ami a tömegessé vált egyetemi- és tudományos életben, mint holt imát ismétli és oktatja-ismerteti a meg nem értett distinkciókat, általános formulákat, és amelyek mint "zaj" szennyezik a tényleges megértés mellett történő oktatást és tudományos publikációkat. (Érdekes kérdéseket vet fel, hogy vajon az ilyen memorizálva-meg-nem-értve továbbadott ismeretek a holt láncszemek után mennyiben éleszthetők újjá olyan későbbi kommunikációs partnerek által, akik megfelelő ítélőerővel megáldva képesek az alkalmazással együtt látni a holt ismeret értelmét, illetve mennyiben pusztul el véglegesen az ilyen továbbadások mellett a valamikor belefogott értelem!?)

A jog jó példát adott Gadamernek az alkalmazást is szükségszerűen magába foglaló teljes megértési folyamat rekonstruálásához, mivel itt - eltekintve a jogi oktatástól - nem elég csak memorizálni a szöveg értelmét, hanem a felbukkanó egyedi esetek rákényszerítenek az alkalmazásra. Ennek következtében a jogon belül már nagyon korán kialakultak az absztrakt jogi tételek egyedi esetekkel való összekötését célzó hermeneutikai-jogértelemezési kánonok. Nem expliciten megfogalmazva már a római jog késői korszakától és középkori újjáéledésük folyamán (Szájer 1986:4-46), kifejezetten megfogalmazva a XIX. század elejétől (Larenz 1979 28). A filozófiai hermeneutika Gadamer általi újjáélesztése azonban a jogi hermeneutikát is tudatosabbá teheti.

A pozitívalódott törvényszövegben tehát nincs készen evidensen a jogi rendelkezés értelme, hanem az átfogóbb értelmi összefüggésekbe ágyazottan döntően a szövegen túl van, *amely felé a szöveg utaló-szignalizáló jelleggel csak útba igazít*. Hol kell tehát keresni ezt az értelmet? Számunkra úgy tűnik, hogy kevésbé a jogi hermeneutikát expliciten is vezérelvvé tevő Arthur Kaufmann által jelzett irányokba, a "törvénytől a "jog" felé, amely végül is a jogalkalmazó esetek döntéseit tekinti a jogszabály szövegén túl a jognak. "A bíróság az, ahol a jog az ő létszerű sűrűségében létezik (Kaufmann 1972: 163). Sokkal inkább Esser "Vorverständnis"-e az, ami az eseti bírói döntés és a törvényszöveg közötti jogdogmatikai rendszer felé mutatva a komplex jog rétegeit a realitásnak legmegfelelőbben megragadhatóvá teszi. A hermeneutikai kiindulópontnak tehát gyorsan át kell váltani jogdogmatikai nézőpontra, és *ezzel együtt* lehet a hermeneutikai problémákat is megérteni. (Kaufmannál épp ezt az akcentust látjuk hiányzónak az 1980-as évek közepén kiadott tanulmánygyűjteményében is: lásd Kaufmann 1984.)

A jog sajátosságainak, belső komplexitásának megértéséhez így alapvető a jogdogmatika helyi értékének végiggondolása. Luhmann a jogdogmatikát mint a jogi rendszer input oldalára települt szűrő mechanizmust fogalmazza meg, amely a környezetből érkező információkat felbontja, és a jog rendszerszerű sajátosságainak megfelelő új hadrendbe állítva a jog belső fogalmai, distinkciói szerint rendezve ezeket. "A jogdogmatika az inputtól az outputig terjedő transzformációt vezet." (Luhmann 1974: 24.)

A jogot a többi professzionális intézményrendszerrel ismét összehasonlítva érdekes kérdések vethetők fel, amelyek talán közelebb visznek a jogdogmatika teljesebb megértéséhez. Így ütköztetve ugyanis rögtön feltűnik, hogy nincs minden intézményrendszeren belül dogmatika, illetve pl. amennyiben a tudományon belül dogmává merevednek a tudományos állítások, annyiban a tudományos jelleg hal el. Fel kell tehát tenni a kérdést, miért van szükség a jog esetében dogmatikára, illetve

a kérdés társadalomelméletileg érdekesebb másik oldala, hogy *ahol nem dogmatika biztosítja, ott hogyan jön létre ez a rendszerszerűség?* Kiindulhatunk abból, hogy a társadalmi alrendszereken, vagy az itt használt terminológia szerint professzionális intézményrendszereken belül, a központi értékduáloknak megfelelő *értékelési homogenitást* hoznak létre az alrendszereken belüli tevékenységekben az említett rekrutációs, szocializációs, értékelési-jutalmazási mechanizmusok. A legtöbb ilyen intézményrendszerben a rendszerszerűség egyszerűen abban áll, hogy az értékhomogenizált professzionális résztvevőkön túl a más értékduálók által dominált tevékenységeket kirekeszteni, hatásukat a rendszeren belül csökkenteni igyekeznek ezek a mechanizmusok. Ezzel azonban még egy egységes értelmi összefüggésrendszer nem jön létre, hanem csak értékelési homogenitás. A jogdogmatika ezen túl *ellentmondásmentes értelmi összefüggésrendszerré szigorítja a jog professzionális rendszerén belül a rendszerszerűséget.*

Egy általánosabb szintre emelkedve még azt a hipotézist is fel lehet állítani, hogy azokban az intézményrendszerekben, amelyek nem pusztán "megéléseket", azaz gondolati termékeket produkálnak, hanem cselekvésközelibb módon határozzák meg a társadalmi világ tevékenységeit, ott az egyszerű értékhomogenitáson túl nagyobb a kényszerűség a szigorúbb értelemben vett rendszerszerűség biztosítására, és nagyobb a nyomás az ellentmondásmentes értelmi összefüggések megteremtésére. (Lásd az "Erleben" és a "Handeln" megkülönböztetéséhez: Luhmann 1984:191-242.) Így például a pusztán megéléseket produkáló tudomány tételeinek ideológiai transzformációjánál már felerősödik a plurálisabb, szertelenebb tudományos igazságok ellentmondásmentes értelmi összefüggésekké transzformálása, és az ideológiai alaptételek fokozatosan kivonódnak a megkérdőjelezés alól. Pontosabban az "ellenfél" ideológia érveire rezisztenssé válnak az adott ideológia hívei. De ugyanígy a legközvetlenebbül cselekvésközel állami-politikai szférán belül is - legalábbis intézményesen - hermetikusan elszigetelt a működő, ellentmondás-mentességre törekvő mindenkori állami célrendszer, és az ennek, ill. az egymásnak is ellentmondó ellenzéki pártprogramként várakozó alternatívák.

*A jogdogmatika az értékelési homogenitáson túl a jog kialakított értelmi összefüggésrendszerét védi.* A jogdogmatikával foglalkozó irodalomban homályosság tapasztalható annak megválaszolásában, hogy mi hordozza ezt az értelmi rendszerszerűséget, azaz mihez kötött a jogdogmatika? A legtöbb válasz magától értetődőnek tekinti, hogy a törvények vagy a meglévő precedensek szövege az, ami kötelező a dogmatikailag dolgozó jogtudós, vagy a jogalkalmazó számára. "Alapvetően azt a munkamódszert lehet dogmatikusnak nevezni, amely kötelező szövegek, törvények, ítéletek és ezek releváns kritériumaival, tekintélyek által vannak meghatározva." (Esser 1972:97). Vagy más megfogalmazásban: "A dogmatika azon jogtudomány-elméletek osztálya, amelynek az érvényes jog a tárgya." (Lazzer 1975:91). Ezzel szemben áll az a kiindulópont, amely a jogdogmatikai gondolkodást nem a pozitívalódott törvény szövegéhez, hanem a kialakult jogi kategóriákhoz, tipológiákhoz, disztinkciókhoz köti, és *ezen bázisán* magát a hatályos jogi szöveget is kritika tárgyává igyekszik tenni. Ebben a megfogalmazásban felpuhul a jogszabály szövegének tekintélye, és a mögöttes jogi kategóriarendszer fontossága lép előtérbe. Különösen tisztán olvasható ki a jogdogmatikának ez a koncepciója Simitis elemzéséből: "A törvények csak szabadságtervek, amelyek csak akkor lesznek realizált jogszabályokká, ha a dogmatika szűrőjén átmennek." (Simitis 1972:132.) Luhmann ezek alapján elvi élel is levonja a következtetést, hogy a jogdogmatika nemcsak az érvényes jogot, hanem a "jogilag lehetséges" világot is magába foglalja, és itt elveszti jelentőségét de lege lata és a de lege ferenda különbségtevése (Luhmann 1974:21). Eddigi elemzésünkben nyilván kiderült már, hogy átfogó fogalmi keretünk szerint ez utóbbi jogdogmatika-felfogás felel meg a jog önálló rendszerjellegének, és a politikai prioritások jogi szöveggé változtatása elé a jogdogmatika szűrőjét tartjuk szükségesnek.

## 5. A jogi oktatás helye a jogrendszerben

Ha a jogot a maga teljességében akarjuk megragadni, akkor be kell emelni a jog fogalmába a jogi normák mellett a normák által használt fogalmak rendszerét is. A normák ugyanis csak a bennük lévő fogalmak meghatározott irányú értelme esetén fejezik ki a kötelező vagy tiltott magatartási mintákat. A magasabb fejlettségű társadalmakban pedig ezek a jogi fogalmak egyre bonyolultabb összefüggésrendszerre fonódnak össze, és mint jogági jogdogmatikák sűrű szövedékként állnak a jogszabályok és törvénykódexek mögött. A ténylegesen működő jog beszűkítését hajtják végre azok a jogelméletek, amelyek kirekesztik a jogból a jogdogmatikai értelmi síkot, és csak a jogi normákat fogják be a jog fogalmába. Úgy is mondhatjuk, hogy így a kívül álló laikusok nézőpontját emelik jogelméletté, hisz a jog területén valóban csak a jogi normák alkotása, alkalmazása és végrehajtása jelenik meg. Ám aki belülről tudja nézni a jogot, és az esetek ezreinek fényében az állandóan felvetődő döntési dilemmákat ismeri, az tudja, hogy a jogdogmatikai fogalmak sűrű szövedéke nélkül, és ezek kötelező értelme hiányában, önkényes döntés lenne minden bírói ítélet - a részletes jogi normák ezrei és tízezrei ellenére.

A jog fogalmának ezzel a kitágításával a jog mint normarendszer mellett erősebben a szemünk elé kerül *a jog mit értelmi rendszer*, és a jogi tevékenységi szférák is kiegészülnek a normák alkotásának, alkalmazásának és végrehajtásának szféráin túl *a jog értelmi rendszerének létrehozását és fenntartását biztosító szférákkal*. E szerepnél már többször utaltunk az eddigiekben a *jogtudományi-jogdogmatikai tevékenység szférájára*. Most a *jogi oktatás szféráját* kell szemügyre venni.

### 5.1. A jogi oktatás alapfunkciói

Kiinduló pontként azt kell leszögezni, hogy a jogdogmatikai összefüggéseket feltáró és továbbfejlesztő tevékenységek eredményeit állandóan át kell vinni a jogászság egészének tevékenységébe, hisz ezt csak a jogászság egy része (egyetemi jogászok és a felsőbb bíróságok néhány tagja) végzi, ám az új normák alkotásánál és alkalmazásánál állandóan figyelemmel kell lenni a jogdogmatikai összefüggésekre. Ez az átvitel biztosított a jogtudományi publikációkkal, a jogalkotásban - különösen a kódex jellegű nagyobb változtatásoknál - a jogászprofesszorok bevonásával a koncepciók kidolgozásába, és még lehetne sorolni az átvitel módjait. *A folyamatos telefonálás mellett a jogdogmatika egészének átadása a jogászság egésze felé azonban csak a jogi oktatás, a jogászképzés folyamán történhet meg.* A jog értelmi rendszerének kiemelése és ennek a jog alapjaként való felfogása így a jog középponti elemévé teszi a jogi oktatás folyamatát is. Egy másik szemszögből közelítve, ezt még kiegészíthetjük azzal, hogy statikusan nézve ugyan a jogrendszeren kívül lehetne elhelyezni a jogász munkára előkészítő jogi oktatást, ám ha dinamikájában nézzük a jogrendszer működését, akkor nyilvánvalóvá válik a bevonás szükségessége. A mai jogász-formálás a holnap bíráinak, ügyészeinek, ügyvédeinek a szféráját határozza meg.

E funkció mellett még egy másik alapfunkciót is teljesítenie kell a jogi oktatásnak a jog értelmi rendszere számára. A jogi oktatásnak ugyanis létre kell hoznia azt a

gondolkodási módot a jövőendő jogászsban, amely a világ eseményeihez közelítésben rutinná teszi a jogos/jogtalan dimenzióban való értékelést, és ezzel együtt kirekeszti az ezen túli politikai harcok szerinti értékelést, az ideológiai eltérések szerinti értékelést és az események többi lehetséges szempontú értékelését. A jogrendszer stabil működésében mindig benne van a jogi oktatásnak ez a kettős teljesítménye: a főbb jogágak jogdogmatikai rendszerének nagy vonalakban való átadása és a rögzítődött készség a valóság eseményeinek jogos/jogtalan dimenzióban való szemlélésére, illetve az ettől idegen politikai, ideológiai stb. értékek háttérbe szorítására.

A jogi oktatás ezen túli funkciói esetlegeseek, eltérő országokban eltérő funkciók jöhetnek ezek mellé. Például míg az európai országok felsőoktatási rendszere egyfokozatúként alakult ki, és a hivatásokra felkészítéssel az általános értelmiségi képzést is egybefogja, addig az Egyesült Államokban az undergraduate (általános) és a graduate (hivatásra felkészítés) képzés szétválasztásával a jogászképzés, orvosképzés stb. már csak a szakmai képzést tartalmazza. Most azonban tekintsünk el ettől az esetlegességtől, és csak a szakmai képzésre összpontosítsunk az elemzésben a jogi oktatás alapfunkciói kapcsán.

Felmerül még a az kérdés, hogy miképpen lehet a társadalom jogi alrendszere esetén ilyen erősen belefoglalni az egyetemi jogi oktatást ebbe az alrendszerbe, hisz az egyetemi szféra alapvetően a tudomány alrendszerének egyik intézményi részét képezi, a kutató intézetek mellett? E kérdés megválaszolására a jogtudomány kettős jellegéből tudunk kiindulni. A jogtudományi tevékenységben ugyanis - szemben a legtöbb tudománnyal - az igaz/hamis dimenzióban való vizsgálódás mellett egy másik alrendszer értékelése, a jogos/jogtalan dimenzióban való értékelés is helyt kap. Így itt a tények feltárása, csoportosítása, osztályozása mellett, melyek elsősorban a jog szociológiai, történeti kutatásaiban dominálók, olyan logikailag egységes rendszerre kell törekedni, melyek a jogi szabályok ezrei és tízezrei mögött biztosítani tudják az ellentmondás-mentességet. Ez a tevékenység ötvözi a tudományos gondolkodás absztrakt és logikai dimenzióját a gyakorlati jogi szféra tevékenységéből a tények és konfliktusok normatív szemléletével, és így hozza létre az egyes jogágak átfogó jogdogmatikai értelmi rendszerét. Ha a tudományt az igaz/hamis dimenzióban való szemléletmódnak fogjuk fel, akkor a jogtudománynak ez a jogos/jogtalan dimenzióban való szemléletmódja felvethet minősítési problémákat. Például a német Franz Jerusalem az 1940-es évek végén, vagy a magyar Sajó András az 1980-as évek elején fel is vetette a jogtudományok "kétes" tudományi státusát (Jerusalem 1948, Sajó 1983).

Nos tehát ezek a sajátosságok magyarázzák a jogdogmatika és az egyetemi oktatás erősebb belefoglalását a jog rendszerébe, míg egy sor más társadalmi alrendszer esetében az egyetemi professzionális képzés erősebben benne marad az egyetemi-tudományos alrendszerben, és csak az egyetemi képzés után, az egyes alrendszerekben szétszóródást követően történik meg a bekapcsolódás az adott alrendszerekbe.

## 5.2. A jogi oktatás dilemmái

*(Jogdogmatikai elméleti képzés vagy gyakorlati jogi képzés)* Az európai országok jogi oktatása az elmúlt évszázadokban a jogdogmatikai képzés modellje szerint alakult, ezen belül különösen a német jog befolyása alatti területeken, de a XX. század elejétől az amerikai jogi oktatás is e modell irányába ment el, még ha itt a

jogdogmatikai képzés mellett erősebb is maradt a gyakorlati jogi képzés szerepe (lásd Edwards 1992, Ostertag 1993). Ezt a modellt azonban állandó kritikák érték és érik, és a jogászörökben folyamatosnak mondható a jogi oktatás kisebb-nagyobb reformjára törekvés mind a nyugat-európai országokban, mind az Egyesült Államokban.

Az egyik ilyen állandóan felmerülő kritika a jogi oktatás felé azt veti fel, hogy tantárgyai, tanítási módszerei túlzottan az absztrakt jogi összefüggések átadására irányulnak, és nem tesz meg mindent annak érdekében, hogy végső termékeként többé-kevésbé kész gyakorlati jogász álljon rendelkezésre friss diplomásként. Ez a kritika állandónak mondható nemcsak az absztraktabb európai jogászképzés országaiban, hanem a sokkal gyakorlatibb amerikai képzés esetében is. Egy szellemes megfogalmazás ahhoz az autóvezetési iskolához hasonlítja az elméleti jogászképzést, amely a gépkocsi használati utasításának részletes tanításával próbálna autóvezetésre tanítani, és azután kiengedné az így kiképzetteket a forgalomba (Ostertag 1993). A hasonlat szellemessége ellenére egy mélyen nyugvó tévedésen alapszik, és ezért kell tisztázni a jogdogmatika szerepét a jogrendszerben és a jogi oktatás szerepét e területen.

Az egyetemi jogászképzés az egyetlen hely a jog működésének rendszerében, ahol egészben át lehet adni a kialakult jogági dogmatikák kategóriáit és az ezek közötti összefüggéseket a jövőbeni jogászok számára, és ehhez képest másodlagos kérdés, hogy ezen túl a gyakorlati jogászok készségei szűkülését milyen mélységben kell az egyetemi képzésbe integrálni, vagy ezzel szemben ezek nagy részét már az egyetem utáni gyakorlati képzésnek engedjük át, és az ügyvédek, ügyészek, bírák szervezetei által megszervezve valósítjuk meg.

A jogi oktatás egyik alapvető dilemmája tehát ebben áll: első sorban a jogági jogdogmatikák átadása történjen-e meg, melyekhez az éppen hatályos jogi szabályokat és a bírói eseti jogot csak abból a szempontból tanítsák, hogy az alkalmazás segítségével mélyebben megértésre találjanak a jogdogmatikai kategóriák, vagy ezzel szemben az oktatási cél a minél teljesebben azonnal gyakorlati munkára beállítható "kész" jogász legyen? Csak mellékesen kell említeni azt a teljes zsákutcát jelentő jogi oktatást, melyben sem a jogdogmatikai rendszert, sem a gyakorlati jogászok készségeit nem adják át, és egyszerűen csak bifláztatják az éppen hatályos törvényi rendelkezéseket a joghallgatókkal, és már a diploma előtti záróvizsgákon is új szabályokat kénytelenek számon kérni a rövid idő alatt bekövetkezett jogszabály-változtatások miatt. E zsákutcas képzéstől eltekintve, melynek helytelenségét mindenki elfogadja, az említett alapkérdés feloldásában szembenálló frontok vannak minden ország jogász közösségeiben. Ez a szembenállás jórészt úgy néz ki, hogy az egyetemi jogászörökben erősebben hangsúlyozzák a jogdogmatika-központú oktatás fontosságát, a gyakorlati jogászok köreiből pedig az egyetemi képzés "steril" és absztrakt jellegével szembeni kritika talál befolyásra.

Ha a magyar jogászképzést vesszük szemügyre - ütköztetve más jogászképzési modellekkel - akkor a kritika részben jogosnak mondható. Az ötéves képzés alatt a gyakorlati jogi életben való szervezett részvétel valóban alig megoldott. Az ezzel kapcsolatos folyamatos kritika ellenére nem sok történt az elmúlt években ezen a téren. Nézzünk meg két olyan megoldást, melyek a gyakorlati jogászok készségeinek és ismereteinek az egyetemi jogászképzésbe való erősebb behozására töreksenek. Az egyiket a német, kétfokozatú jogi oktatás jelenti, ahol az első fokozatban a jogelméleti és jogdogmatikai alapok, a jogtörténeti ismeretek átadása történik meg, és miután ezt az első államvizsgával lezárták, a két és fél éves második fokozat következik, melynek keretében elsősorban a bírói, de részben az ügyészi és az

ügyvédi szakmákban is jártasságot szerez az első államvizsgát már letett "referendárius". E második, gyakorlati képzés a második államvizsgával zárul le, és ennek birtokában teljes jogú jogásszá (Volljurist) válik a kiképzett. Ekkor már minden további vizsga és kiképzés nélkül kérheti bejegyzését az ügyvédek sorába, ám bírói vagy ügyészi pályára lépve e szervezeti kereteken belül további, speciálisabb szakmai képzés még folyik (Ostertag 1993). Ebben a modellben tehát nem a jogdogmatikai képzés rovására történik meg a gyakorlati jogászi ismeretek és készségek tanításának beépítése a jogászképzésbe, hanem az oktatás idejének megnyújtásával és az *egyetemen kívüli gyakorlati képzés központi megszervezésével* illetve fele részben - a második egyetemi államvizsga révén - ennek az egyetemhez kapcsolásával.

Egy másik megoldást jelent a gyakorlati képzés arányának növelésére a jogi oktatáson belül az *amerikai jogi klinikai képzés* útja (lásd Amsterdam 1984, Floyd 1997, Rekosch 1998, Wilson 1998). Az egyetemi jogászképzés három éves, amely a négy éves egyetemi undergraduate (általános) képzést követi, és itt már tisztán csak a jogi tárgyak oktatása folyik, másrészt, noha ez is a jogdogmatikai kategóriák rendszerének átadására irányul, ahogy az európai modellben, itt jóval erősebb az eseti jogi, gyakorlati képzés szerepe ebben a funkcióban is, mint az európai kontinentális országokban. Ennek ellenére a "túl absztrakt" jogi képzés kritikája itt is folyamatosan megjelenik, és az 1980-as évektől egy reformkísérlet indult el a joghallgatók közvetlen bevonására a gyakorlati jogi munkába. Az ötletadás visszanyúlik 1933-ra, amikor a jogi realista Jerome Frank egy cikkben felvetette, hogy az orvosképzésben létező klinikai-gyakorlati képzés mintájára a jogászképzést is ebbe az irányba kellene elvinni. A jogi realisták ereje ekkor még kevés volt ennek gyakorlati megvalósítására, de az 1960-as évektől beindul "alapjogi forradalom" egyrészt fellazította az egyetemi jogi karok belső ellenállását, másrészt a szellemi-média hatalmi körök közvéleményformáló ereje jó hátteret teremtett politikailag is a jogi oktatás reformjához. A jogdogmatikailag kontrollált, hagyományos jogi perek helyére egy sor területen az átpolitizáltabb alkotmányjogi perlés kezdett benyomulni, és a társadalom radikális változtatásának egyik fő útvonalává vált a bírói perlésen keresztüli út, és az ennek folyamán beindult erjedés a jogi karokat nyitottá tette a jogi klinikai képzés befogadására. Ennek lényege az, hogy a diákok (eleinte csak a végzős harmadévesek, de később a másod- sőt első évesek is beszállhattak ebbe) a szegényebb rétegekhez tartozók és alacsonyabb jövedelemmel rendelkezők számára jogi tanácsadásra a jogi klinikákban rendelkezésre állnak, illetve egy felügyelő ügyvéd ellenőrzése mellett számukra még perelőkészítési feladatokat is elláthatnak (Amsterdam 1984, Floyd 1998). Egy másik megoldás az, amikor csak szimulálás történik, és a diákok egymás között játszik el a különböző jogászi szerepek elosztásával a perben való részvételt, vagy a jogi tanácsadások lefolytatását.

A jogi klinikák célja azonban világosan megfogalmazva túlmegegy a diákok jogi képzésén, és ezen túl a szegényebb rétegek (feketék, más színes bőrűek, bevándorlók stb.) joghoz jutásának segítése is az egyik fő cél (Rekosch 1998, Floyd 1997). E humanitárius cél minden magasztossága ellenére említeni kell, hogy így óhatatlanul belekerülnek a diákok a klinikai képzésen át a szellemi-politikai küzdelmekbe, amely a társadalmi csoportok között zajlik, és a jogi klinikáknak ez a jellege sokszor a mozgalmi jogászok egyetemen belüli pozícióinak kiépítésével jár együtt (lásd Scheingold 1998:118-151). A jogi klinikák mindenestre elterjedtek az elmúlt években az amerikai jogi karokon, és noha kötelező tantárgy státuszát nem tudták elérni, a hallgatók kisebb-nagyobb része felveszi a tanulmányi során egyik vagy másik tantárgyukat. (A szükséges kreditek kb. tíz százalékát lehet teljesíteni az ilyen kurzusokon.)



A magyar jogi oktatás számára azért is fontos a gyakorlati jogi képzés említett két alternatívájának végig gondolása, mert amerikai alapítványi támogatással már megjelentek a jogi klinikák néhány közép-kelet-európai országban, és az ELTE Jogi Karán már nálunk is kialakult ezek egyik bázisa. (Lásd a jogi klinikák közép-európai jelenlétének bemutatására az interneten: <http://www.pili.org/publications/colloquim2000/index.html>).

Ennek értékelését akkor tudjuk teljes körűen végrehajtani, ha a szemünk elé kapjuk, hogy a magyar jogászképzésben a gyakorlati képzés nem az egyetemhez kötötten alakult ki, mint például a német modellben volt látható a második államvizsga esetében, *hanem az egyetemi képzés után az egyes jogász szakmák saját szervezett képzésében* (ügyvédképzés, bíróképzés, ügyészképzés, közjegyző-képzés). Ezért becsapó, ha csak azt vesszük teljes képnek, amit az egyetemi jogászképzés nyújt. Ennek kiemelésével már látható, hogy a teljes jogászképzés nálunk az egyetemi képzésből és az utána következő specializált jogász munkára szabott képzésből áll. Ha az így kialakított, egyetemi képzéstől teljesen elvágott gyakorlati képzéssel elégedetlenek vagyunk, akkor nyitva áll a lehetőség a német modell felé nyitásra, és a képzési idő megnyújtásával a gyakorlati képzést erősebben lehet integrálni az egyetemi jogi oktatásba, és a végső államvizsgák ez utáni megadásával fel lehetne értékelni ennek szerepét. Ez lenne tehát a kétfokozatú jogi képzésre való áttérés útja. Persze jelezni kell, hogy a német jogász közvéleményben erős hadállásai vannak még ma is annak a nézetnek, hogy fel kellene adni a kétfokozatúságot, és azt támogatják, hogy inkább a mi rendszerünknek megfelelő módon az egyes szakmákban a jogi diploma után történjen meg a specializált jogász szakmákra a mélyebb felkészítés (Coing 1973, Weber 1989). Mindenesetre a német megoldás előnye az, hogy meghagyja az alapvető jogdogmatikai képzésre az időkereteket, és nem annak rovására növeli a gyakorlati képzést.

Az amerikai jogi klinikai képzéssel épp itt vannak a problémák, különösen, ha már az első és másodéves joghallgatókat is bekapcsolják a gyakorlati jogi élet szűk eseteinek megoldásába a végzős hallgatókon túl. Ezzel az egyetemi jogi képzés említett alapfunkciói válnak kérdésessé: csökken a lehetőség a jogági jogdogmatikák egészben való átadására, és ezt már később nem lehet pótolni a kiképzett jogászoknál. Ez pedig a jog értelmi rendszerszerűségének szétesésével fenyeget. Az említett másik alapfunkció is sérülhet, amennyiben a klinikai jogi képzés erősebben beleszól a társadalmi-politikai harcokba a mozgalmi jogászok révén. A valóság eseményeinek semleges és érzelemmentes jogos/jogtalan dimenzióban feldolgozása, és az ehhez való készség rögzítődése helyett a társadalmi állapotok forradalmi változtatásának attitűdje jöhet így létre a jogászképzés végére. E másik torzulás persze csökkenthető akkor, ha a jogi klinikai képzés említett szimulációs módszerével történik csak a gyakorlati képzés, és a "szociális munkás" funkciót illetve az ehhez kapcsolt mozgalmi jogászatot letisztítják erről a formáról.

(*Bíróképzés vagy ügyvédképzés*) Egy másik dilemmát a jogi oktatásban a német jogászképzés körül kiobbant viták mutatják (lásd Coing 1973, Weber 1989, Ostertag 1993). Ez a képzés alapvetően a bírói pozíciót veszi alapul, és ez egyrészt megmutatkozik abban, hogy a kétfokozatú jogászképzés második fokozatát adó gyakorlati képzésben a legtöbb idő a bírói munka megismerésére irányul, másrészt abban, hogy az ügyvédi csoportok felőli javaslatok a jogi oktatás tematikájának számukra fontos bővítéseire, rendszeresen elutasításra találhatnak az egyetemi jogi karok részéről. Az expanzívabb ügyvédi tevékenység ugyanis jónéhány ponton túllép a szorosan vett jogász munkán, és ez adótanácsadói, pénzügyi, vállalkozási stb. tevékenységekbe való részbeni beszállást követel meg, és ezek olyan ismereteket igényelnek, melyek szinte teljes mértékben kívül maradnak a jogi

oktatás tematikáján.

A német bírőképzés-központú oktatással szemben az *amerikai inkább ügyvéd-központú képzésnek* mondható, és az itt is érvényesülő jogdogmatikai képzés azt mutatja, hogy az átfogó jogdogmatikai képzés ezzel a verzióval is megvalósítható. Az itteni ügyvédi szervezetek és az ő szempontjukat elfogadó szerzők mindenesetre sokszor kifogásolják, hogy a tantárgyak többsége a felsőbb bíróságok előtt megjelenő ügyvédet tartja szem előtt, és a felsőbb bírósági precedensanyagra és az itteni érvelésre készítik fel a jövőendő jogászt. Ezzel szemben a kritikusok a teljesebb ügyvédi tevékenység ismereteinek átadásában látják a jogi oktatás szükséges reformjának útját, és ez az átfogóbb jogdogmatikai összefüggésekről jórészt a jogon kívüli ismeretek irányába vinné el a tantárgyakat (Floyd 1997).

Ha az előbbieken kiemelt alapfunkciók szempontjából nézzük át e megoldásokat, akkor a legjobban a német, bírő-nézőpontú jogi oktatást lehet optimálisnak minősíteni. A jog belső logikájában tisztábban benne maradó bírói pozíció középpontba emelésével teljesebben átadható a jogdogmatikai kategóriarendszer. Köztes megoldásnak tekinthető a ténylegesen megvalósuló amerikai jogi képzésnek az az ügyvéd-nézőpontú képzése, amely a felsőbb bíróságok előtti, tisztábban jogi kérdésekre összpontosuló eljárás és precedensanyag fényében képezi ki a jogászt. Végül a legproblémásabbnak az ezzel szembeni javaslat minősíthető, amely a jogon félrészben túllépő és más szférák tevékenységébe is bekacsolódó ügyvéd alakjának középpontba emelésével kívánná felépíteni a jogi képzést. Ez már polárisan szemben állna a jog értelmi egészének foglatatát jelentő jogdogmatikai képzéssel, és a jog értelmi szétesésével fenyegető állapotok felé vinné el a jogrendszert.

(*Jogdogmatikai képzés vagy társadalomtudományos képzés*) Egy sor jogkoncepcióban nagy hangsúlyt kap a jogdogmatikai képzés visszaszorítása mellett az erősebb társadalomtudományos képzés megteremtésének szükséglete a jogi oktatásban. Ez a hangsúly megjelent a múlt századi marxista jogelméleti irányzatok után az amerikai jogi realistáknál, ma pedig különösen a jog gazdasági elméletének hívei hangsúlyozzák ezt. A tényleges helyzet az, hogy az 1900-as évek kezdete óta egymás után bekerültek a jogi oktatásba rövid bevezető formában a közgazdaságtan, a szociológia, a filozófia, a politológia, a statisztika tantárgyai. Sőt, az amerikai undergraduate képzésben még ezeken túl is egy sor tudományág bevezető jellegű tantárgyai helyt kapnak. A vita inkább a felett van, hogy további óraszámokkal kell-e a jogi kari képzésben ezt tágítani, illetve, hogy az egyes jogági ismereteket, szabályanyagot és dogmatikai megoldásaikat milyen mélyen kell alapozni magának a jogtudósnak a releváns társadalomtudományi ismeretekre? Vagyis részben jelenti ez a joghallgatók szélesebb körű társadalomtudományos képzését, de részben ezen túl még a jogtudományi-jogdogmatikai tevékenység társadalomtudományosításának követelését is.

Ha az egyes jogkoncepciókat mint ebbe az irányba ösztönző kiindulópontokat megvizsgáljuk, akkor azt lehet látni, hogy például a marxista jogelméletek az 1800-as évek végén a teljes mértékű tudatos társadalomirányítást látták elérhetőnek, és a "tudományos" állam a jogszabályokat a tervszerű társadalmi változtatások eszközeként kezelhette felfogásuk szerint. A magyar Pikler Gyula vagy hatása alatt egy ideig Somló Bódog egész jogfelfogását ez hatotta át (lásd Pikler 1892, Somló 1901). De a jogászok "társadalmi mérnökösködését" valló amerikai jogi realisták hasonló okokból - noha nem a törvényhozás, hanem a bírói jogalkotás útján - ugyanígy látták vezethetőnek és változtathatónak a társadalmat, és ehhez az újonnan létrejött társadalomtudományi ágak eredményeit igyekeztek felhasználni. A realisták nyomán ma a jog gazdasági elméletének hívei, miközben szkeptikusak a bírói ítéletek jogdogmatikai ellenőrzésének és vezetésének elérhetőségét illetően, a

társadalomtudományi belátásokkal kívánják vezetetni a bírákat, és ezért igyekeznek eltolni a jogi oktatást a jogdogmatikáról a társadalomtudományi képzés felé (lásd Posner 1990).

A társadalom komplexitását mélyebben átgondolva és a jog önálló társadalmi alrendszer-jellegének fontosságát belátva, a rendszerelméleti alapvetés óvatosságra int ezen a területen. Niklas Luhmann, aki maga a jogászi végzettsége (és gyakorlata) ellenére a szociológia, a filozófia, a közgazdaságtan és még egy sor társadalomtudományi ág mély ismerőjévé vált fél évszázados tudományos munkássága során, mindig is óvott a jog "társadalomtudományosításának" eufóriájától (lásd Luhmann 1974, 1981). A jog önállósága megköveteli, hogy csak a jogdogmatikai egység épségben tartása mellett menjen végbe a társadalomtudományos belátások beépítése a jogba. Ezen az eszmei bázison azt lehet mondani, hogy a jog alkotásába nem úgy kell bevinni a releváns társadalomtudományi ismereteket, hogy magukat a jogászokat igyekszünk kiképezni egy sor ilyen ismeretre, hanem a különböző társadalomtudományi ágak képviselőit szakértőként bevonva a jogalkotási folyamatokba igyekszünk a komplexebb látásmódot biztosítani. Ugyanígy a bírói eljárásokban is kevésbé a bírót kell közgazdásznak, szociológusnak stb. átképezni, hanem a szakértők erőteljesebb bevonása révén kell megoldani ezt. A bevezető jellegű közgazdaságtan, szociológia stb. tantárgyak, melyek ma is már oktatásra kerülnek, arra kell, hogy felkészítsék a jövőbeni jogászokat, hogy a bevont szakértők anyagait valamilyen fokban értékelni tudják.

Összegezve tehát azt kell mondani, hogy az egyetemi jogi oktatás középponti feladata a jogági jogdogmatikák átadása és a joghallgatók valóság-feldolgozásának a jogos/jogtalan dimenzióban való kifejtése. A társadalomtudományos képzés ennek kiegészítéseként kap fontosságot, mint ahogy a gyakorlati jogászi készségek átadása is csak részben lehet az egyetemi jogászképzés célja. A képzési idő megnyújtásával elképzelhető, hogy e két területen is előre lehet haladni - ahogy a németek teszik a kétfokozatú jogászképzés és a kétfokozatú államvizsgák rendszerével - de a jogdogmatikai képzés rovására nem lehet ezek arányát növelni.

### 5.3. A kritikai jogi tanulmányok elmélete a jogi oktatásról

Az előbbieken vázolt jogi oktatási helyzetelemzés néhány rendszerelméleti megfontoláson nyugszik, és ezeket expliciten jelezni kell ahhoz, hogy érthetők legyenek az eltérő jogi oktatási nézetekkel szembeni fenntartásaink.

Az egyik ilyen kiindulópontunk a modern jogrendszerek többretegűségéből fakad, amelyben a jog értelmi rétegei (szövegréteg, jogdogmatikai réteg, bírói esetjogi réteg, alkotmányos alapjogi réteg) közül a primátust a jogdogmatikai rétegnél látjuk érvényesülni. A többi jogréteg minden fontossága ellenére a jogrendszer értelmi egységét - és a komplex rendszerek szintjén állandóan fenyegetően fellépő káosz elkerülését - csak a jogdogmatikai réteg tudja biztosítani. Ez a kiindulópont érthetővé teszi, hogy azokból a jogfelfogásokból, melyek a jogot csak egy-egy rétegre szűkítik le, és a többretegűséget nem vallják, a jogi oktatás más modellje következik, illetve maga a jogi oktatás nem is merül fel a jogrendszer részeként. Például a bírói jog koncepciói a bírói tárgyalótermen túl nem tartják fontosnak a joggal kapcsolatos tevékenységeket. De ugyanígy a szövegpozitivisták jogfelfogás is figyelmen kívül hagyja a jogdogmatikát, és ennek révén a jogi oktatás központi

szerepét a jogban, hisz a mindenkori új és új törvénszövegeket, melyek e felfogásban kizárólagosan adják a jogot, a jogászoknak amúgy is mindig újra és újra meg kell ismerniük, és maga az egyetemi jogi oktatás különösebb funkciót nem tölt be itt. Ennek extrém módon végig vitt példája - és ez a felvilágosodás optimizmusából eredően egy ideig hatást is ért el -, hogy a minden ember értelme előtt nyitva álló egyszerű jogot nem szabad egy szűk szakma, a jogászok kezébe adni, és állampolgári jogon is bárki elláthat jogász feladatokat. Az 1789-es francia forradalom után ezek is hozzá járultak az egyetemi jogi képzés megszüntetéséhez, és csak egy generáció kihagyásával, az 1820-as években kezdődött ez itt újjá (lásd Dawson 1968:256). De hatott ez az Egyesült Államokban is, és az 1800-as évek végéig az egyetemi jogászképzéssel szembeni fenntartásokba ez is belejátszott (Friedman 1985:606-633). *Magát az egyetemi képzést tartósan csak alapozhatja meg, ha az állandóan változó törvénszövegek mögött egy tartósabb általános értelmi összefüggésrendszert ismerünk el.* E nélkül elegendő lenne általánosabb értelmiségi képzés, de a specializált jogi kari képzés céltalan lenne. Többrétegű jogkoncepciókban a jogdogmatika kiemelése ezt teszi tudatossá.

Egy másik kiinduló pontunk arra vonatkozik, hogy a fennálló társadalmi állapotokban és intézményekben levő feszültségek és igazságtalanságok feloldására irányuló politikai küzdelmek önálló utakat alakítottak ki a jogon kívül a politikai és az ideológiai alrendszerekben, és a jogban már csak formalizáltan, a parlamenti törvényhozás törvényeiben foglaltan jelennek meg a politikai harcok lecsapódásai és kompromisszumai. A plurális tömegmédiák, a párt- és egyesületalapítás szabadsága révén létezik az intézményrendszer erre a feladatra a modern társadalmakban. Vagy ha itt elégtelenségek mutatkoznak, és nem megfelelő a politikai demokrácia intézményrendszere a társadalmi akaratképzés biztosítására, akkor a politikai rendszert kell reformálni, de nem szabad e problémák megoldására átpolitizálni "pótlékként" a jogi rendszert vagy a társadalomtudományi-egyetemi szférát. E szférák átpolitizálása túl nagy árat jelent a politikai intézmények problémáinak orvoslására, és akár modernizációs zsákutcát is okozhat, ha hályogkovács módjára ezen az úton próbálunk megoldást keresni.

Ezek a kiindulópontok szolgáltak támpontként a jogi oktatás helyének és alapfunkcióinak általunk adott kijelölésében, és ezek adnak támpontot most is az eltérő jogi oktatási elképzelések kritikájához.

Kiindulópontjainktól a legtávolabb az amerikai kritikai jogi tanulmányok (Critical Legal Studies) irányzata áll, de saját kiindulópontja alapján ebben a jogfelfogásban is középponti szerep jut a jogi oktatásnak. E jogfelfogás képviselői - saját elnevezésükben a "Crit"-ek - abból indulnak ki, hogy a jog a legteljesebb mértékben a politikai rendszer részeként működik, és tulajdonképpen a társadalmi harc egyik - álcázott - területét jelenti. A Crit-ek arra törekszenek, hogy az egyes jogi konstrukciókban levő hatalmi érdekeket feltárják, és ezzel az osztályharc eszközeként leplezzék le az egyes jogintézmények és jogi megoldások funkcióit. A jogdogmatikai konstrukciókat szintén úgy tekintik, mint az uralkodó osztályok érdekeinek foglalatát, a jelentősebb jogdogmatikai változásokat pedig az uralkodó osztályok egyes csoportjai közötti hatalmi eltolódásokként fogják fel.

Ebből a jogfelfogásból következik, hogy *a jogdogmatikai kategóriák átadására irányuló jogi oktatást, mint az uralkodó osztály hegemoniájának fenntartására irányuló szférát veszik elemzés alá.* Jelezni kell még, hogy a hagyományos marxista szóhasználatot az uralkodó osztályok hegemoniájáról nagyon sokszor elcsúsztatják a Crit-ek az aktuális amerikai politikai küzdelmek táborai szerint, és a feketék, más színesbőrűek, a homoszexuális, a feministák stb. politikai táborok szóhasználatát hangoztatva *a felsőosztálybeli heteroszexuális fehér férfiak jogaként ragadják meg*

*ezt a szférát* (lásd Kennedy 1996:427-437). A Crit-ek szerint a jogi oktatás a politikai-jogi hatalmi szféra eminens része, ahol a jövőendő bírákba, ügyvédekbe, ügyészekbe belesulykolják az osztályuralom rejtett eszközeit, és ezek később hivatalba kerülve ennek révén tudják biztosítani a társadalom elnyomott (nők, feketék, homoszexuálisak stb.) csoportjainak alávetését az uralkodó rétegeknek.

Ebből a jogi oktatási helyzetelemzésből két feladat következik a Crit-ek számára. Az egyik feladat abban áll, hogy olyan jogi elemzéseket végezzenek tanulmányaikban, amelyek feltárják az egyes jogdogmatikai konstrukciókban a felsőbb osztályok (fehér férfiaknak) előnyhöz juttatását, és az alávetettek számára hátrányos vonásokat, valamint a jogtörténet elemzése során a hatalmi-politikai küzdelmek lecsapódásait a jogi változásokban (lásd Hunt 1986, Tushnet 1991). Ez a jogtudományi tevékenység (vagy inkább jogi ideológiai harci tevékenység) azonban ebben a jogfelfogásban nem egyszerűen a tudományos igazság publikálásának útjára való, mint a legtöbb jogfelfogás művei esetében, hanem az "ellenség által megszállt jogi oktatás" megtisztítása után a jogi oktatásban való elterjesztése a fő cél. A Crit-ek ugyanis bevallottan nem egyszerűen jogtudományi csoportosulást jelentenek, hanem jogpolitikai harci csapatot. És mivel a jogi rendszer gyakorlati alkalmazási szféráit nem tudták közvetlenül bevenni, illetve ennek megcélzása a jogászság hagyományosan konzervatív jellege miatt nem volt életszerű, a jogi oktatás meghódítását tűzték ki elsődleges célként (lásd Tushnet 1991). Dinamikájában nézve ugyanis, aki ma uralja a jogi oktatást, az holnap - a megfelelően szocializált mozgalmi jogászok, aktivista bírák stb. révén - a jog átfogóbb területein is nagy hatást tud kifejteni. A Crit-ek fő tevékenysége ennek megfelelően, az 1970-es évek végén való csoportképződésük óta, ebben az irányban épült ki, és noha mára már sok szempontból belső táborokra szakadtak- feminista jogelmélet, faji jogelmélet, (racial legal theory) stb. - illetve a posztmodern elméleti irányok felé tolódtak el, de lényegében ma is az amerikai egyetemi campusokon tevékenykednek elsősorban.

Az elmúlt negyed évszázad folyamán az amerikai jogászság és az egyetemi jogi karok átpolitizálódásához nagymértékben hozzájárult a Crit-ek tevékenysége. Sikeres politikai szervezkedésük révén, amely a fennálló társadalmi állapotokkal legkülönbözőbb szempontból elégedetlen csoportok képviselőivel politikai szövetségkötést tudtak megvalósítani, egy sor amerikai jogi karon domináló helyzetbe jutottak az 1990-es évek elejére. Mind Harry T. Edwards szövetségi bíró, michigani jogászprofesszor írta a '90-es évek elején megjelent, nagy vihart és nagy vitákat kiváltó cikkében, a legtöbb jogi karon a Crit-ek és szövetségeseik illetve a velük szemben a hagyományos jogdogmatikai munkákat író és előadó egyetemi oktatók csoportja között politikai állóháború alakult ki, és az új oktatók beállításánál, a régiek szerződésének megújításánál és különösen a "tenure", a véglegesített professzori szerződés megkötésénél a központi kérdés a jelölt hovatartozása a két tábor között, és tisztán az erőviszonyok állása és nem a tényleges tudományos és oktatási teljesítmény a meghatározó az itteni döntéseknél (Edwards 1992). Jogi oktatási tárgyaik között a Crit-ek a jogdogmatikai kategóriákat tanító tárgyak háttérbe szorítását szorgalmazzák, másrészt ezek helyett a politikai ideológiájukhoz közelálló filozófusok, szociológusok, irodalomtudósok írásait tanítják (Edwards 1992).

Lezárásként jelezni kell, hogy az állandósult egyetemi küzdelmekben a jog gazdasági elméletének hívei – minden elméleti és ideológiai értékbeli eltérésük ellenére - hajlandók szövetséget kötni a neomarxista Crit-ekkel, és ezt az teszi érthetővé, hogy a fennálló helyzetben a hosszú évtizedekig domináló jogdogmatikai tanítási módszer "kibillentésében" még egy irányba tudnak menni a világnézetileg és politikailag máskülönböző polárisan szembenálló baloldali Crit-ekkel (lásd Posner

kritikáját Edwards cikkével kapcsolatban: Posner 1993). Az egyetemi küzdelmekben való győzelem után azonban a jog gazdasági elméletének receptje nem a jogi oktatás neomarxista átpolitizálását célozza, hanem a szaktársadalomtudományi ágak ismerteinek részletes tanítását, és ők ezzel kívánják felváltani a jogdogmatikai alapú jogi oktatást.

## **II. fejezet**

### **Az alkotmányos alapjogok rétege**

#### **1. Az alapjogi réteg általános kérdései**

Az alkotmánybíróságok működésének elemzése a szakirodalomban rendszerint a parlamentarizmus összefüggéseinek oldaláról történik meg. Ez a hangsúlyozás jó néhány alkotmánybírói tárgykörnél (pl. politikai pártok alkotmányellenesség nyilvánításának lehetősége, a parlamenti kisebbség és a kormánypárt viszonya etc.) indokolt is, ám az utóbbi évtizedekben a nyugat-európai országokban súlyponteltolódás figyelhető meg ezen a területen, és az alkotmánybíróságok tevékenységében középpontba került az alapjogok közvetlen számonkérése az alkotmányjogon túli jogterületek szabályainál, sőt ezek bírói értelmezésénél is (Schuppert 1978: 43).

Az alapjogoknak ez a kihatása a formális lét hosszú szunnyadása után az 1920-30-as években az Egyesült Államokban vált markánsná, majd az 1950-es években a faji elkülönítés alkotmányellenessé minősítésével és az ezek nyomán létrejövő polgárjogi mozgalmakkal sajátos forradalomként átalakította az amerikai társadalom szerkezetét. Európában - részben az amerikai előkép nyomán - az 1950-es évek végétől a német alkotmánybíráskodás valósította meg az összjogrendszer alapjogokhoz mérését, és kisugárzó hatása az osztrák és olasz, majd a 70-es évek második felében a német mintát alapul vevő, újonnan keletkező spanyol és portugál alkotmánybíráskodásra mára jogelméletileg is fontossá tette e jelenség jogon belüli kihatásának elemzését. Az alapjogok növekvő szerepénél kell említeni a francia Alkotmánytanács 1971-es döntését is, amelyben e szerv arra a meglátásra jutott,

hogy az 1958-as alkotmány preambulumban tiszteletteljesen megemlített 1789-es "Emberi Jogok Nyilatkozata" tulajdonképpen helyes értelmezéssel hatályos alkotmányanyagnak tekintendő, és rögtön elkezdte mérceként használni ezeket az eléterjesztett törvényjavaslatok vizsgálatánál (Starck 1988: 635; Morton; 1988: 92).

Az alapjogokkal kibővült alkotmány és ezek eseti ítélkezésben való számonkérése az összjogrendszeren azonban észrevétlenül átalakította az alkotmányjogot, és egyre kevésbé lehet "állam"-jognak nevezni azt a részét, amely az alapjogok és az egyes jogterületek szabályanyaga, jogelvei és jogdogmatikája közötti viszonyokat igyekszik feltárni és különböző értelmezési modellekbe foglalni. Sokkal fontosabb azonban az, hogy *az alapjogok alkotmánybíráskodási ítélkezése és az e köré telepedett alapjogi dogmatika révén a hagyományos jogterületek belső szerkezete, az e területeken létrejövő bírói kazuisztika, jogtudományi-jogdogmatikai tevékenység és az ezek termékeit törvénybe foglaló (és az esetleges szabályozási alternatívák között választó) parlamenti törvényhozás viszonya jó néhány alapponton megváltozott.* Ennek menetében e hagyományos jogi rétegek fölé az alapjogok alkotmánybíráskodása révén egy új, absztraktabb és jórészt nyitott jogréteg alakult ki. Ez a fejlődési vonal ma még egyáltalán nem befejezett, és bár mint jeleztük évtizedek óta felfutóban és terjedőben van, de mint látni fogjuk, néhány olyan alapvető feszültséget is létrehozott a jog hagyományos rétegeiben, hogy lehetetlen megjósolni, nem lesz-e egyszer esetleg visszafordulás ezen a területen? Hisz ki hitte volna pl. az állami beavatkozás sok évtizedes rohamos növekedése után, hogy végig befutva ezt a vonalat modernizációs zsákutca képét idézi fel a nyugati társadalmakban is, és egy pont után ennek észlelése visszafordulást indít majd be?!

Legtávolabb ezen a területen a nyugat-német alkotmánybíráskodás jutott, így ezt nézzük meg közelebbről, és csak a jogelméleti szempontból releváns eltéréseket említjük a többi ország gyakorlatából.

### 1.1. Az alapjogok önálló jogrétegének problémái

Az eredeti amerikai verzióban két alapvető ok is akadályozta az alkotmányba került alapjogok kiszakadását a jogrendszer hagyományos szerkezetéből. Egyrészt e jogok szembesítése az egyszerű joganyaggal a rendes bíróságok feladatává vált, és a különösen jelentős, legfelső fórumot képező alkotmánybíráskodás is a Supreme Court egyik feladatákként alakult ki. Pontosabban kivívta ez a szerv magának ezt a jogot 1803-tól. Ezzel szemben az európai modellben különálló alkotmánybíróságok jöttek létre, amelyek tevékenysége az alkotmányra, ezen belül is elsősorban az alapjogokra koncentrálódott. Ez a szervezeti izolálódás nagy lökést adott az alapjogok elkülönült mérceként rögzítődésének, de e mellett a német alkotmánybíráskodásban különösen fontosnak bizonyult az állampolgárok által közvetlenül indítható alkotmányos panasz megteremtése. *Tulajdonképpen ezzel került ki a jog hagyományos szerkezetéből az alapjogok rétege,* hisz amíg bírák vannak kizárólagosan feljogosítva pl. egy polgári törvénykönyv és egy absztrakt alapjog (mondjuk: "az ember méltósága sérthetetlen") közötti esetleges ütközés észlelésére és alkotmánybíróági eljárás kezdeményezésére, addig a beidegződött jogász szocializáció, besulykolt jogdogmatikai modellek kötőereje csak kis valószínűséget ad az alapjogok önálló jogi réteggé működésének (lásd Zweigert 1976: 66). A laikus állampolgár számára azonban nem kevésbé absztrakt egy hagyományos jogi rendelkezés, mint egy alapjog, és miután megnyitották az utat számára, évenként ezrével lepték el a német szövetségi alkotmánybíróságot az ilyen jellegű panaszok. (Hasonló a helyzet a spanyol alkotmánybíróságnál is, miután a német minta terjedelmében tették lehetővé az alkotmányos panasz benyújtását. Lásd

Sommermann 1986: 35.)

Az alkotmányos panasz "meglódította" az alapjogi alkotmánybíráskodás gépezetét, a német szövetségi alkotmánybíróság nem vonakodott az alapjogokból konkrét következtetéseket leszűrni, és már az 1950-es évek közepétől egy sor törvényi rendelkezést alkotmányellenesség címén semmissé nyilvánítani. Ez pedig központi témává tette az addigi szörványos elmékedéseket az alapjogokról és ezeknek a jogrendszerhez való viszonyáról. Így az alkotmányjogászai vizsgálódás mellett gyors fejlődésnek indult az alapjogok lehetséges jogdogmatikai modellekben konkretizálása, illetve konkretizáló mércékkel ellátása, majd a hagyományos jogterületek dogmatikailag tisztázott jogelveinek összekötése a pusztán-pórén alkotmányba vett, és inkább etikai-filozófiai téziseknek, mint bíráskodásra alkalmas mércéknek tűnő alapjogokkal.

Az előbb két okot említettünk, amelyek elősegítették az alapjogok kiszakadását, majd évek alatt önálló (legalábbis részleges) jogdogmatikával ellátottságának kialakulását. E mellett azonban fontos megemlíteni azt, ami mégis *benntartotta* a jogi szférában, és nem engedte meg átcsúszni a politikai szférába ezeket a jogokat. Itt fontos szerepet játszik az, hogy az alkotmánybíróságba milyen területekről választhatják a tagokat. Az alapjogok absztrakt etikai-filozófiai jellege ugyanis spontán módon a jogból kitaszító hatást fejt ki, és a priméribben ideológiai-morális érvekkel (is) harcoló politika területére tolja át tendenciaszerűen az alapjogi ítélkezést. Ezt "megszelídíteni", jogon belül tartani csak az a modell képes, amelyben az alkotmánybírák jelentős részben a felsőbíróságok tagjai sorából verbuválódnak, akiknek évtizedes praxisuk, jogdogmatikai modellekben csiszolt gondolkodásuk csillapítja az e tevékenységben bennerejlő direkt moralizáló hatást. Európában legteljesebben a mai görög alkotmánybíróság valósította meg a bírói karba beépítést, mivel itt az alkotmánybírák teljes mértékben a különböző területen működő legfelső bíróságok tagjaiból kerülnek ki hivatalból. De jelentős bírói arányt (13-ból hatot) ír elő a portugál, némileg kevesebbet a spanyol, egyharmadot az olasz és majd felerészben a német alkotmánybírási törvény (Weber 1986: 45-56). A német gyakorlatban ez rendszerint még túl is van teljesítve, és az alkotmánybírák többsége felsőbíróságokból rekrutálódik.

A bírói kar ugyanis sokkal inkább mentes a pártpolitizálástól, mint a jogászai szakma többi része, különösen az ügyvédi réteg. Ennek révén a hosszú bírói gyakorlathoz kötés kiszűri a jogásznak álcázott pártpolitikussokat annak ellenére is, hogy az alkotmánybírák választásánál a politikai pártok parlamenti frakciói játsszák a főszerepet.

Az első évek átpolitizáltabb összetétele után a Német Szövetségi Alkotmánybíróság is erőteljesebben hasonult a hagyományos bíróságok működéséhez, és a bírói szférából jött tagokat általában olyan egyetemi jogászprofesszorokkal egészítik ki, akik megválasztásuk előtt jelentős munkákat hoztak létre az alapjogi dogmatika és az alkotmánybíráskodás más kérdéseinek pontosítása terén.

Jog tehát ez és nem pusztán a jog átmoralizálása, amit pedig a német gyakorlati jogászok és a hagyományos jogterületek jogdogmatikusai sokszor keserűen felemlgetnek (Krawietz 1987: 212; Götz 1990: 85), de belső természete a már több évtizedes jogdogmatikai szelídítés-koncretizálás után is radikálisan eltér a több száz év alatt összezsírozódott hagyományos jogrétegektől. Közelebb lépve az egyes alapjogokhoz az is látható, hogy absztraktságuk, pusztán etikai meghatározottságuk és jogdogmatikai konkretizálhatóságuk fokában nagy eltérések találhatók. Pl. a hagyományos szabadságjogok mint az egyesületi-, gyülekezési jog vagy a szabad sajtóhoz való jog, a vallás szabadsága stb. kevesebb problémát jelentenek az alkotmánybírási ítélkezés számára. Komoly problémát okoz azonban már az egyenlőségi jog számonkérése a törvényi rendelkezéseken annál is inkább, mivel



egy sor egyenlőtlenségi helyzet - közöttük természetes egyenlőtlenségek is - épp a zsinórmértékszerű, differenciálatlan szabályozást teszi e jog alapján megtámadhatóvá. De az igazi gond az emberi méltóság sérthetlenségének formulájánál merül fel. Josef Esser még az 50-es években, az első évek tapasztalatai alapján "kétségbeejtően lehetetlennek" nevezte ezekre a deklarációkra közvetlen bíraskodás alapozását (Esser 1956: 73). Az eddigi évtizedekben pedig épp a könnyebben megragadható szabadságjogok esetében volt elhanyagolható az alkotmányos panaszok száma Németországban (az évi kb. másfélezerből mintegy száz) és az egyenlőségi jog ill. az emberi méltóság cikkely a kedvenc támadási alap. Egy-egy évben néha az összes panasz kétharmada is ezekre esik (Blankenburg/Treiber 1982: 14; Landfried 1985: 65). Ezekre ítéleteket alapozni a hagyományos jogterületek jogértelmezési módszereivel nem lehet. Ernst Forsthoff kísérletei ennek propagálására az 50-es évek végétől gyakorlatilag teljesen hatástalanok maradtak (Forsthoff 1964: 154-176). A német szövetségi alkotmánybíróság még azokat a szűkítő kísérleteket sem fogadta el, amelyek egy-egy ilyen "kétségbeejtően absztrakt és üres" alapjog megvalósítását a parlamenti törvényhozásra tanácsolta bízni, és csak a megmaradtakat látta többé-kevésbé pontosíthatónak. Persze ehhez hozzájárult az 1950-es években még végig élő trauma, amit a németek számára a "parlament csődöt mondása" jelentett, és ami legálisan megengedte egy, a demokrácia megsemmisítését nyíltan hirdető párt hatalomra kerülését a második világháború előtt.

Az ilyen alapjogok tartalmi feldúsítására a legfontosabb módszernek az *alapjogok egymásra vonatkoztatása* bizonyult az elmúlt évtizedekben. Az ugyanis lehetséges, hogy az egyenlőségi jog így magában nem sok fogódzót ad egyedi esetek megítélésére, de ha a szociális állam alkotmányos rögzítéséből eredő következtetésekkel pontosítjuk, és pl. adott esetben a hivatásválasztás szabadságának szintén alkotmányba foglalt alapjogával kötjük össze, akkor már több döntési támpontot nyert az alkotmánybíró. Az ezt követő, alapjogi dogmatikára specializálódott - egyre szélesebb - jogtudós stábból az ilyen alkotmánybíróági ítéleteket követő felzúduló-méltató-kritizáló írások aztán tovább sűrítik a döntési szempontokat; frappáns mércéket, maximákat fogalmaznak meg, és mindez évek során beszövi a mérlegelés túlságosan nagy hézagait (Grimm 1982: 51).

Ezt a "jogászivá tételt" persze néhány átléphetetlen korlát csak felerészben engedi érvényesülni. Az egyik ilyen korlát abban áll, hogy ezek az alapjogok csak nagyon általános szinten férnek össze egymással, ahol az egymásnak ellentmondó iránymutatásaikat az *egyes esetekre* tekintve mérlegeléssel, hol egyiket, hol másikat korlátozva jobban fel lehet oldani. *Szabályok szintjére* konkretizálni, mint ahogy a jog hagyományos anyagánál a helyzet áll, koherensen azonban nem lehet az alapjogokat (Alexy 1985: 71-78). Ehhez jó néhányat fel kellene áldozni, néhánynak alárendelt helyzetbe kellene szorulni, és csak meghatározott aspektusokban érvényesülni a későbbiekben a privilegizált helyzetbe juttatott egy-két alapjoghoz csiszoltan. De akkor ezek a megmaradtak se lennének többé abszolút tisztaságban kihirdetett alapjogok, hanem normális-korlátozott "szürke" jogokként illeszkednének be a jogrendbe. Ehhez akkor már talán alkotmánybíróság sem kellene, hisz a dogmatikailag ellentmondásmentessé tett jogokat egy normális jogállam fellebbezési rendszerén belül is meg lehet védeni.

Egy másik korlátot jelent a jogivá tétel után az alapjogok természetének legelterjedtebb értelmezése, amelyek közül egyik sem áll közelebb egy olyan vitathatatlanul helyes standardhoz, amelynek fényében a többi erőltetettnek vagy kevésbé meggyőzőnek lehetne tekinteni. Böckenförde 1974-ben - az addigi nagy fordulatokat e téren összeszámolva - öt nagyobb értelmezési utat különített el, és e sorrendben előrehaladva az egyre tágabb alapjogelméletek értelmezéseinek vonalán az alkotmánybíróság mérlegelési jogköre radikálisan kitágul (Böckenförde 1974: 1529-1538). A legszűkebb a *liberális* alapjogelméletek értelmezése, amelyek az államot távoltartó garanciáknak tekintik az alapjogokat; az összjogrendszer

kontrollálása felé indítja el a lehetőséget az *intézményi* alapjogfelfogás, amely az individuális garancia helyett az átfogó intézmények, mechanizmusok garanciájaként tekinti ezeket; ezt a vonalat az *alapjogoknak, mint a jog alapértékeinek* a felfogása bővíti tovább; újabb fordulatot készített elő az *alapjogok mint részesedési jogok* elmélete; de tisztán az ebben rejlő potenciált a *szociális állami alapjogi elmélet* bontja ki, amely az alapjogokat mint az állampolgár vonatkozó alanyi jogát meghatározott állami szolgáltatásokra-teljesítményekre definiálta.

Jogászi érveléssel ezek között nem lehet igazságot tenni. Mindegyikben racionális gondolati mag rejlik, ám az egyes esetekben polárisan szembenálló eredményre lehet jutni attól függően, hogy melyiket veszi alapul az alkotmánybíróság. Nézzük meg ehhez a német szövetségi alkotmánybíróság első "numerus clausus"-ítéletét 1972-ből, amelynek alapját egy nem sokkal korábban született törvényi szabályozás megtámadása adta. Ez a törvény az egyetemi felvétel korlátozását tette lehetővé túljelentkezés miatt az orvosi egyetemekre. Néhány fel nem vett ifjú ezt alkotmányban rögzített hivatásválasztási szabadságának korlátozásaként értékelte. Érvelésük úgy szólt, hogy az állam akkor biztosítja ezt a jogot, ha a formális deklaráción túl az anyagi előfeltételeit is megteremti. Azaz alkotmányellenes az olyan állami oktatáspolitikai és az ezt megvalósító költségvetés, amely nem egyetemetek épít elegendő férőhellyel, hanem numerus clausust bevezetve megsérti a hivatásválasztás alkotmányos szabadságjogát. Az alkotmánybíróság a beadott alkotmányos panasz alapján hajlott erre az érvelésre, és kijelentette, hogy valóban így kell az alapjogokat értelmezni, az anyagi előfeltételeket is köteles az állami költségvetés biztosítani. E mellett persze a konkrét esetben - mint a kommentáló irodalomban egyöntetűen jelezték - következetlenül engedte a numerus clausus-rendelkezés hatályban maradását (lásd pl. Götz 1990: 88). A későbbi, hasonló tárgyú ítéleteivel ugyan az alkotmánybíróság óvatosan visszavette e szociális állami értelmezés jó részét, miután az ezzel szemben álló érvelések logikai végigfuttatása megmutatta, hova vezet majd, ha az összes alapjognál ezt elkezdik majd érvényesíteni. Ez pedig gyakorlatilag a társadalom életének teljes állami szervezés és finanszírozás alá vonását, ennek előfeltételeként pedig a piacgazdálkodás kiüresítését követelte volna meg. Mindez épp éles vita alatt állt akkor a 70-es években a nyugati világ politikai-ideológiai küzdelmeiben, és meghatározott pártok ezt támogatták, mások támadták. Így az alapjogok jogi ruhájában az alkotmánybíróság ezzel az egyik nagy politikai alternatívát mint "alkotmányosat" védte volna meg. Jogelméleti szempontból vizsgálódunk itt elsősorban, így csak lezárásként jelezzük, hogy az összállami politika közvetlen alkotmánybírósági kontroll alá vonása a *jogállami* mozzanatot végtelenen a parlamenti demokrácia kiüresítése irányába tolná el. Másrészt, mivel ez feszes jogi érveléssel el nem dönthető, az alkotmánybíráskodás túlpolitizálását vonná maga után.

Jogelméletileg fontosabb az alapjogok értelmezésének egy másik dimenziója, amelyben azokat mint *közvetlenül érvényesülő jogokat* fogták fel, és mivel az alapjogok a legmagasabb jogi szintről, az alkotmány szintjéről biztosítottak, a *magánjog*, a *munkajog* stb. egyszerű jogterületeit és az ezek által nyújtott alanyi jogokat, kötelezettségeket *kiszorítják, átrendezik*. A német jogirodalomban ezt az alapjogok "Drittwirkung"-jának, az állampolgárok egymás közötti viszonyaiban való hatásának nevezték el. Az etikai-filozófiai fogantatáskor ugyan ezek a jogok eredetileg az állam és az egyén viszonyában fogalmazódtak meg, de az alapjogok katalógusának bővülése, majd alkotmányba vétele közvetlenül szembesítette ezeket a konkrét realizálás problémáival, és ami absztrakt állapotukban észlelés nélkül maradt az itt a mindennapos alkotmánybíráskodásban kényszerűen felvetette: mi legyen az emberi méltósággal, az egyenlőségi joggal stb. az állampolgárok egymás közötti, önkéntes szerződéssel létrehozott viszonyaiban, vagy a magánautonómia által körbehatárolt többi cselekvésnél, amelyek ugyan kifogástalanul megfelelnek pl. a polgári törvénykönyv rendelkezéseinek, de esetleg az alkotmány által biztosított alapjogok egyikével vitatható a viszonyuk?!

Rögtön az első években, az 50-es évek elején az alkotmány hatályba lépése után a német Szövetségi Munkaügyi Bíróság a legmerészebb utat követve *az alapjogok közvetlen kihatását és alanyi jogi jellegét* ismerte el, amelyek megelőzik az egyszerű munkajogi törvényeket. Egyik ilyen híres döntésében 1957-ben egy munkaszerződés egyik pontját semmisnek mondta ki alkotmányellenesség címén, mivel abban a munkaadó és egy munkavállaló nő azt kötötte ki, hogy a nő férjhezmenetele esetén a munkaviszony automatikusan megszűnik. Ez ugyan a munkajog szabályaival teljesen összeférő, de mikor ez az eset bekövetkezett, és így a munkaviszonyt a munkaadó megszüntette, a másik fél keresetére az említett bíróság az alkotmányban a házasság szabadságát és védelmét kimondó alapjog megsértését állapította meg. Így a bonni alaptörvény 6. cikkelyére hivatkozva a munkaszerződés e pontját semmisnek mondta ki (Götz 1990: 37).

Jó néhány hasonló ítélet született így az 50-es években, és nagy vihart kavarázó tanulmányok mutatták ki, hova vezet, ha ezt az utat hosszabb ideig követni fogják a bíróságok. (Különösen Günther Dürig egy 1956-os cikke mutatta ki teljes mélységében az itteni veszélyeket. Idézi: Götz 1990:48) Mindezek elvezettek a szövetségi alkotmánybíróságnak egy olyan döntéséhez 1958-ban, amely elvi élel rögzítette az alapjogok magánjogra ill. a többi egyszerű jogterületre való kihatását és ennek korlátait. Lényege ennek az, hogy közvetlenül, alanyi jogként nem ismerte el a bíróság ezek kihatását, azonban a *polgári törvénykönyvet és a többi joganyagot a bíróságok kötelesek az alapjogok fényében értelmezni*, és különösen a generálklauzulák értelmezését ezek konstellációi alapján kitöltve elvégezni. Ezt csak tovább bővítette egy 1971-es alkotmánybírósági ítélet, amely a nemzetközi magánjogi ügyek esetén mondta ki, hogy amennyiben a kollíziós normák szerint egy olyan külföldi jogot kellene alkalmazni, amely adott szabálya a bonni alaptörvény által rögzített alapjogokkal nem fér össze, akkor e helyett a német jogot kell alkalmazni. (Az adott esetben egy több éve Németországban dolgozó spanyol férfi és egy elvált német nő házassági akadályáról volt szó, ami a nemzetközi magánjog kollíziós normái szerint a spanyol jogot vonta volna be, de ez nem ismerte el a válást, így nem engedte a házasságkötést. Ez azonban szembeáll a bonni alaptörvény házasságkötés szabadságát alapjogként rögzítő cikkelyével.)

Az eltelt évtizedek alatt ebben a közvetett érvényesülésben stabilizálódott az alapjogok kihatása a jog széles területeire a német jogrendszerben, majd ebben a formában átvették az olasz és a 70-es évek végétől a spanyol alkotmánybírósági gyakorlatba is. (Az osztrákok alapjogi irodalma hosszas vita után végül elvetette ezt a közvetett hatást is.) Ez a közvetett kihatás Németországban az állampolgárok által közvetlenül is számon kérhető az alkotmányos panasz révén, és ez ösztönző erőt jelent a bíróságok felé, hogy a felmerülő alkotmányos alapjogokat vonják be az egyszerű törvények értelmezésébe. Ti. alkotmányos panasz indítható a bírósági ítéletek ellen így már két okból is: egyrészt, ha az alapul fekvő jogszabályt gondolja az állampolgár valamelyik alapjogával ellentétesnek, de ezentúl - az említett 1958-as "Lüth-ügyben" hozott alkotmánybírósági ítélet óta - akkor is, ha *csak a bírói jogszabály-értelmezést tekinti adott esetben* úgy, hogy az nem vette figyelembe kellőképpen a számba jövő alapjogokat (Hesse 1984: 98). Azok pedig mint láttuk, legtöbbször az emberi méltóság, az egyenlőség és a szociális állam posztulátumaira való hivatkozást jelentenek.

Nyitott jogréteggé és szervezetileg az elkülönült alkotmánybíróságok eseti ítélezésével védetten stabilizálódott tehát évtizedek alatt az alapjogok rétege a hagyományos jogterületek bírói kazuisztikája, erre irányuló jogdogmatikai-szisztematizáló tevékenysége és az ezekből építkező parlamenti törvényhozás fölött. Ez a stabilizálódás azonban nem csak egy további réteggel növelte a jog komplex szerkezetét, hanem tendenciaszerűen átstrukturálja a többi réteg sok évtized alatt kialakult kapcsolatait. Nézzük meg ezt közelebbről.

## 1.2. Az alapjogok és a jog rétegei

Egységes képet nem lehet adni a jog belső szerkezetéről, és a megközelítően jó leíráshoz még az is kevés, ha a kontinentális európai jogot különválasztjuk a common law rendszereitől. Mélyebbre lehet jutni, ha először analitikailag elválasztva rögzítjük a komplex jogi szféra belső rétegeit, majd megnézzük, milyen szerkezetben stabilizálódott ezek súlyeloszlása, és alakultak ki az egyes rétegek közötti kapcsolatok. A modern jogrendszerekben tehát a jogot 1. az állam politikusokból álló *parlamentje rögzíti*; 2. a törvényekben levő szabályozási modelleket a részben tudományba beágyazott *jogdogmatikai-jogtudományi szféra* alakítja ki; 3. ám ennél döntően a *bírói kazuisztikában* felvetődő új problémákra és eseti döntésekre támaszkodik. (E három réteg eltérő hangsúlyozásához lásd: Esser 1956; Larenz 1979; Kriele 1975 jogkonceptióit.)

Ha fejlődéstörténeti dimenzióban nézzük át e jogrétegek egymáshoz való viszonyának alakulását, akkor a bírói kazuisztikától mint a modern jogrendszerek "közös induló jogrétegétől" kezdetjük vázlatunkat, amely fölé a középkor végétől különböző arányban nőtt ki a többi jogi réteg. A *francia jogfejlődési mintában* a XIX. század elejére a bírói kazuisztika és a középkortól recipiált római jogon alapuló jogdogmatika eredményei a napóleoni kódexekben a politikai törvényhozó kezébe tették le a jogot, eszmei megalapozást a montesquieu-i törvényt pozitívizmusból merítve. Itt a jog ettől kezdve egyenlő volt - szinte korunkig nyúlóan - a politikai törvényhozó által lefektetett törvényt szöveggel, amit minden segítség nélkül a bírói ítélet vezérlőjének tekintettek. A *német jogfejlődésben* a XIX. században is jobban megmaradt a bírói kazuisztika jogfejlesztő szerepe, és fölé nem annyira a politikai törvényhozó szövegrétege került, hanem az időközben ugrásszerűen kibővült egyetemi szférán belüli jogtudomány jogdogmatikai-szisztematizáló tevékenysége. (Ennek egyik legtisztább terméke a pandekta jogtudomány és a Begriffsjurisprudenz által kialakított 1900. évi BGB.) Az *angol jog* fejlődése maradt meg a leginkább XX. század elejéig a bírói jogrétegre szűkült jog realitásánál. Itt inkább a precedenskövetés gyakorlatát igyekeztek racionalizálni a "ratio decidendi" és a "stare decisis" elvének pontos kidolgozásával és a felsőbb bíróságok hierarchiájához való kötésével, ill. a precedensek folyamatos rögzítésével, hivatalos "record"-okban történő közzétételével, ily módon helyettesítve a kontinentális megoldást, azaz a bírói gyakorlat fölé emelkedő jogforrási hierarchiát. Végül az *amerikai jogfejlődés* alapjaiban ugyan az angol common law sajátosságait vette kiindulópontjául (ill. némi hezitáció után tartotta mégis meg), de korán átvette a kontinentális jogtól a politikai törvényhozás útján való jogváltoztatás koncepcióját; a XX. század első évtizedeitől a német típusú jogdogmatikai-kategoriális tevékenység bizonyos fókig kialakult itt is. Ezentúl új dimenziót kapott az amerikai jog a korán alkotmányba vett alapjogokkal és az ezt alapul vevő legfelső bírósági gyakorlattal. Ez pedig a bírói precedensek, a politikai törvényhozás és a jogdogmatikai tevékenység mellett az absztraktabb és nyitottabb jogelvi réteget hozta be a jogba. Mindezek a rétegek egymás felé átmeneteket és kölcsönhatásokat hoztak létre.

A XIX. századi merev egyoldalúságok (francia törvényt pozitívizmus, német jogdogmatikai pozitívizmus ill. a szigorú angol ratio decidendihez ragaszkodás) után, a 20. század elejére itt is oldódásokat és gazdagodást lehet megfigyelni. A *német* jogdogmatikai és bírói kazuisztikai rétegek közé az értékelő jogtudomány (ill. az Interessenjurisprudenz örököséként fellépő szabadjogi iskola) hatása révén bekerült a jogelvi jogi réteg és az itteni önálló továbbfejlesztő tevékenység. Az *angol jog* szerkezete is fokozatosan kibővült az utóbbi évtizedekben egy önálló jogelvi réteggel, noha ez ma is jobban be van kötve a bírói precedensekbe. (Ennek jele a ratio decidendivel szemben a precedensek obiter dictum részének

felértékelődése, amelyek sorozatai tartalmazzák a letisztuló jogelveket. Lásd Esser 1956: 376; ill. Schlueter 1973: 47). Az egyetemi jogtudomány szerepe azonban máig alárendelt maradt (Lásd Kötz 1988: 648). A politikai törvényhozó írott jogának súlya növekszik az angol jogban is, de ez nem került szerves egységbe a ratio decidendi és az obiter dictumok hordozta jogelveken alapuló common law anyagával, hanem erősen szituációkra szabott normaanyaga és a common law anyaga kettéesik, és így kettébomlott állapotban valósult meg a jog szerkezetének kibővülése (lásd Fikentscher 1975: 275). A *francia* törvénypozitivizmus hatása, ha szelleme élő ma is, csökkent és az illegalitásba és a szószerinti törvénytörés követés mímelésére kényszerített bírói kazuisztika jobban kiszabadult az utóbbi évtizedekben (Morton 1988: 96).

*Összegezve e rövid vázlatot,* a különböző jogi rétegek kibomlása a modern jogrendszerekben valamilyen formában mindenhol megfigyelhető, de arányuk és az egyes rétegek dominálása a többi fölött jogrendszerenként változó. Ebbe a hagyományosan kialakult, organikus fejlődéssel létrejött jogi szerkezetbe tört be az elmúlt évtizedekben a vázolt módon a jog tetejére illesztett alapjogi réteg, és strukturálta át a többi réteg kapcsolatát.

Alapvető kihatása ennek, hogy a politikai törvényhozó lehetőségei tovább szűkültek. Egy törvénypozitivista jogi koncepcióból szemlélve ez még drámaibb, hisz ennek szemszögéből egy addig korlátlan jogalkotót vetettek kontroll alá. A jog összerkeztét szem előtt tartva azonban ezt csak fokozati továbbszűkülésnek lehet tekinteni. A jogdogmatikával ellátott hagyományos jogterületeken ugyanis a törvényhozó igazi lehetősége azelőtt is csak a bírói kazuisztika és a vele együttműködő jogdogmatika által kidolgozott szabályozási modellalternatívák közötti választásban állt, amiben segítségére voltak a különböző szabályozási alternatívák eltérő érdekkihatásait és mögöttes ideológiai elveit jobban explikáló és különböző politikai pártokhoz kapcsolódó jogászok és jogászprofesszorok. *Ez a választási szabadság szűkült le az alapjogok alkotmánybíráskodása révén.* Mostmár nem elég a parlamentben ülő pártok számára, hogy szimpatizáló jogászprofesszorok révén a pártprogramhoz adekvátabb szabályozási alternatívákat kapjanak az éppen sorra kerülő, vagy az általuk benyújtani kívánt törvénymódosításhoz, hanem "aggódva figyelnek Karlsruhe felé" (az alkotmánybíróság székhelye felé), és külön szakértői véleményeket készíttetnek annak megjósolására, hogy vajon átmegy-e a törvény utólag az alkotmánybíróság szűrőjén. Jó néhány esetben az alkotmánybíróság olyan előzékeny, hogy miután egy ügy kapcsán éppen alkotmányellenesség címén semmisnek nyilvánított egy törvényi rendelkezést, az ítélet függelékében összegzi azokat a főbb szempontokat, amelyek megléte esetén egy releváns törvényt a jövőben alkotmányosnak fog elismerni. Mintegy mellékelten kész törvénytervezetet kapva ilyenkor már nem sok szerepe lehet a törvényhozónak. (Hasonló esetek előfordultak a német mintát szorosan követő spanyol alkotmánybíróság praxisában is, lásd Sommermann 1986:34.)

Fontosabb az *alapjogi réteg kihatása a jogdogmatikai-jogtudományi réteg működésére.* Röviden úgy lehetne ezt összegezni, hogy a bírói kazuisztikára koncentráció helyett és ebből a "fű növéseinek fokozatosságával" kialakított jogfejlesztési utak mellett - ezeket háttérbe szorítva - az absztraktabb jogelvek és alapjogok felé csúszik el tendenciaszerűen a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenység súlypontja. Ezt két fejlődési vonulat is alátámasztja. Egyrészt egy "fölköttes" alapjogi dogmatika és ezt gondozó stáb alakult ki a német jogtudomány berkeiben. (Csak a legnagyobb tekintélyekből említve néhányat: Nipperdey, Dürig, Krüger, Schwabe, Häberle, Böckenförde, Leibholz, Bleckmann, Friedrich Müller, újabban Grimm, Alexy etc.) Másrészt a hagyományos jogterületek koncepcionálisabb és absztraktabb dogmatikai modellekben jobban gondolkodni képes, ehhez vonzó jogtudósaiból válik ki egy stáb, amelyek tagjai jogterületük anyagát, jogelveit, dogmatikai intézményeit *most már* az alapjogi dogmatika fényében fejlesztik tovább. (Lásd pl. a polgári jogász Canaris utóbbi években

kifejtett tevékenységének idevágó részét: 1984; 1989.)

Végül a hagyományos jogterületek *bírói kazuisztikáját* említve: erre két irányú hatást gyakorol az alapjogi réteg kialakulása. Egyrészt növeli a bírák mozgási szabadságát, hisz a hagyományos jogértelmezési technikákon (nyelvtani, logikai, rendszertani, történeti, teleológiai) túl alkotmánybírói felhatalmazást kaptak jogértelmezésük alapjogokra építésére. A konkrét normakontroll intézménye révén pedig közvetlenül indíthatnak eljárást egy-egy jogszabályi rendelkezés alkotmányellenességének kimondására. (Míg e nélkül korábban csak hallgatólagos és észrevétlen figyelmen kívül hagyással volt erre módjuk.) Noha nem túl sűrűn gyakorolják ezt a jogukat a német bíróságok, és 1951-74 között csak kb. 400 ilyen eljárást kezdeményeztek, és ebből a szövetségi alkotmánybírói bíróság 100 esetben alkotmányellenesnek is ítélte a vitatott rendelkezéseket (Blankenburg/Treiber 1982: 18). Az olaszoknál ez a szám jóval nagyobb, évi ezret is kitesz, igaz, hogy itt nincs állampolgári alkotmányos panasz, és a kezdeményezés előfeltételei is kisebb szigorúsággal vannak meghúzva (Ritterspach 1986: 228). E mozgásszabadság mellett azonban megítélésünk szerint az alapjogi réteg stabilizálódása alapvetően *csökkenti a bírói kazuisztika jelentőségét* a jogfejlesztésnél a jog összerakozásában. Ilyen rendszeres alkotmánybírói belenyúlás mellett a bírói ítélezési folyamatba, és akár bírói jogértelmezés ellen is alkotmányos panasszal élni olyan rendszeresen, ahogy az utóbbi évtizedekben az említett nyugati országokban, főként a németeknél történik, önálló jogfejlesztés végigvitelére képtelenné teszi a bírói kazuisztikát. Ha az 50-es évek közepén még reális lehetett Josef Esser bírói kazuisztikát középpontba emelő jogkonceptiója, az elmúlt 35 év ezt illuzórikussá tette (lásd Esser 1956).

Az alapjogi réteg olyan mértékű stabilizálódásának, ahogy az a német mintában és az ezt követő országokban történt, két nagy vesztese van tehát. A politikai törvényhozás szerepe az addigi "alulról szűkítés" mellett (jogdogmatika, bírói kazuisztika) most felülről is szűkítést kapott az alkotmánybírói bíróság (és a mögé beállt új alapjogi dogmatikai stáb) részéről. Ez extrém esetben, mint jeleztük, teljesen beszűkítheti mozgásszabadságát. A bírói kazuisztika pedig a századelőről itt maradt "heroikus bíró"-képpel szemben egyre inkább a jogeseti anyag szorgalmas szállító-jának szerepére van visszaszorítva a szisztematizáló jogdogmatikai réteg és a fölötte alkotmánybíráskodás számára. Jogfejlesztési szerepének visszaszorítása ellenében mintegy kárpótlásként, jogot kapott ezen túl az alkotmánybíráskodás gépezetének mozgásba hozására a konkrét normakontroll intézménye révén. *E két vesztes ellenében a jogász professzió egészének szerepe növekedett a jog fölötti rendelkezésben, de a professzió súlypontja jobban áttolódott az absztraktabb jogelvi-jogdogmatikai réteg képviselőire.*

### 1.3. Az alapjogi réteg kérdőjelei

Rögtön jelezniünk kell, hogy a következőkben vázolt problémák nem általában az alapjogokra alapozott alkotmánybíráskodás egészére vonatkoznak, hanem csak arra a kiterjesztett modellre, amit különösen a német alkotmánybíráskodás megvalósított. Ugyanis az alkotmányban pontosan definiált politikai szabadság-jogokkal, azok jogdogmatikailag többé-kevésbé precízen kidolgozott egymásra vonatkoztatásaival és ezek tömör alkotmányos rögzítésével meg lehet közelíteni a hagyományos joganyagok által lehetővé tett kiszámítható és számon kérhető bíráskodási gyakorlatot. Az "emberi méltóságot", a "szociális állam posztulátumát" stb. azonban az alkotmánybírói bíróság semmivel sem tudja adekvátabban lemérni az egyes esetek fényében, mint a nyilvánosság előtt egymást kontrolláló parlamenti politikai pártok és azok jogi szakértői a törvény-előkészítési csatározások kapcsán.

Hasonló a helyzet a legtöbb szociális, gazdasági jellegű alapjoggal. Ezek mint megvalósítandó feladatok a parlamenti törvényhozás felé irányuló alkotmányos célkitűzéseként fontos szerepet tölthetnek be. Például a parlamenti vitákban az argumentációk alátámasztására, amelyet állampolgárok milliói hallgatnak egyenes adásban, és mindez élőként fenntartja e jogok hatékonyságát. De ezeket az alapjogokat egy némileg is precíz jogdogmatikai modellbe nem lehet foglalni, hogy egy semleges testület majd kiszámítható módon kontrollálja rajtuk keresztül a parlamenti demokráciát. Az 1949-es bonni alaptörvény készítői - a weimari alkotmány ez irányú kudarcából is tanulva - nem vették be ugyan ezeket a szociális és gazdasági alapjogokat, de az 50-es, 60-as évek jóléti állami politikai beállítottsága révén a szociális állam posztulátumának alkotmányi rögzítésére hivatkozva az alkotmánybíráskodás utólag gyakorlatilag recipiálta ezt. (Mint jeleztük, ennek lecsapódása volt a hagyományos szabadságjogok "szociális állami" átértelmezése.)

Egy lehetséges megoldás lehet az ilyen szélesen rögzített alapjogok és a jogrendszer stabilitásának összeegyeztetésére az, amit a gondos spanyol alkotmánykészítők dolgoztak ki 1978-ban. Itt már rendelkezésre állt akkor az elmúlt évtizedek gazdag tapasztalata az európai alkotmánybíráskodás különböző verzióinak előnyeiről, hátrányairól, így nem egyszerűen másolással vették át a jogi konstrukciókat, hanem tudatos szelekcióval. (Lásd ehhez: Sommermann 1986: 23-52.) Az alapjogi szabályozás lényeges újítása itt, hogy bár szélesen rögzítették az alkotmányban ezeket - amit valahol, valaha kidolgoztak és alkotmányba vettek mint alapjogot az itt mind megtalálható -, de ezután melléjük nem egységes jogvédelmi útként állították az alkotmánybíráskodást, hanem belső kategóriákra osztva csak meghatározott alapjogi csoportok esetében lehet ide fordulni. (Gyakorlatilag a szociális és gazdasági jellegű alapjogokat zárták ki az alkotmányos panasszal védett alkotmánybíráskodási kontroll lehetőségéből, és csak mint alkotmányos feladattűzések a törvényhozási programok felé fejtenek ki hatást.)

A jog összerkezetét nagyon nyitottá teszi a túlságosan tág alapjogi bíráskodás, és ez veszélyezteti épp azt a speciális adalékot, amit csak a jogrendszer adhat a társadalom és a többi intézményrendszer számára: a kalkulálható, jövőben is egyenlő mértékkel mérő jogszolgáltatást. A jog ugyan a politikai törvényhozás révén is nyitott strukturálisan, és egy agresszívebb kormánypárti politikusgárda a politikai célok direkt törvénybe átültetésével is fenyegetheti a jog belső dogmatikai egységét (lásd Voigt 1980; Teubner 1984). Vagy bizonyos fokig nyitott a jog a bírák személyiségén keresztül a jogba közvetlenül beáramló etikai mércéknek köszönhetően is. Konszolidált parlamentáris demokrácia esetén azonban az ebből fakadó strukturális torzítás veszély egy küszöb alatt tartható. Az alapjogok alkotmánybíráskodása révén ez a politikai nyitottság ugyan csökken - a parlamenti törvényhozás kontroll alá vételével -, de ezzel szemben a közvetlen etikai-ideológiai viták felé nagy mértékben kinyílik a jogrendszer. Egy bizonyos szint alatt ez a nyitottság sem jelent komoly problémát, sőt a recipiálható, addig jogon kívüli vitákban kihordott elvek, standardok egy részének átvétele csak növeli a jog innovatív potenciálját. Egy sor ilyen alapjog esetén jól megfigyelhető volt, hogy évtizedek alatt az alkotmánybíráskodási gyakorlatban az addig deklaratív etikai, ideológiai elvek pontosításon mentek keresztül, belső standardokkal, széles esetscsoportokkal összekötő belső fogalmi elválasztásokkal gazdagodtak. Azaz utólag, ha fordított menetben is, de hasonultak a jogon belül kialakult absztraktabb jogelvekhez. (Ez a jelenség vádként is megfogalmazódik aktivistább, ideológikusabb elemzők részéről.) A hagyományos jogelvek kialakulása, önálló elnevezésekkel stabilizálódása ugyanis mindig hosszú formálódás után történt meg, amelyben lépésenként tisztázták ezeknek a már létező más jogelvekhez, illetve az egyes releváns esetscsoportokhoz való viszonyát. Ezzel szemben az alapjogok, mint a korai társadalmi szerződéselméletek termékei csak politikai követelés szintjén kerültek az ideológiai-politikai vitákban kidolgozásra, amelyek főként csak akkor

mutatták meg ellentmondó természetüket miután alkotmánybíráskodást melléjük telepítve konkrétan szembesültek mindennapi-konkrét jogi esetekkel. Ezután azonban nagyon gyorsan megmutatkozott, hogy néhány ilyen alapjog vagy etikailag fontos más követelmény, mint pl. az emberi méltóság védelme, közvetlen eseti bíráskodásra nem tehető alkalmassá.

Amikor az alkotmánybíróság ilyen lokalizálhatatlan tartalmú alapjogra támaszkodva kezdi alkotmányellenessé minősíteni a törvényi rendelkezéseket, akkor különös erővel bukkan fel az alkotmánybíráskodás egy problémás oldala. Felmerül az az alapkérdés, hogy *mi igazolja az alkotmánybírásgot a tevékenységében, amikor a nép által közvetlenül választott parlament törvényeit megsemmisíti?* Egyetlen ilyen igazoló alapja lehet csak: az, hogy az alkotmányjogi szabályanyag, ami alapján ezeket a megsemmisítő ítéleteit hozza, jogilag konszolidált és mögöttük a jogászai professzió egészében konszenzussal rendelkező jogdogmatikai modellek állnak, amelyek a professzió közvéleménye által számon kérhetőek ítéleteiken. Ekkor nem áll kontroll nélkül a máskülönben egyetlen szerv által sem kontrollálható alkotmánybírásg. Ezt a legitimitációt két dolog kezdheti ki különösen. Egyik az, ha összetételében a jogásznak álcázás alatt tulajdonképpen pártpolitikusok válnak dominálóvá. Másik ilyen korrodálódáshoz vezető ok lehet, ha az alapjogok kapcsán olyan nyitott elvek, posztulátumok válnak az alkotmánybíráskodás középpontjává, amelyek utólag is ellenállnak a jogdogmatikai pontosításnak.

Nem véletlen, hogy ez a probléma épp a francia Alkotmánytanács kapcsán merült fel különösen élesen az elmúlt évtizedben. Ez a szerv ugyanis összetételében sokkal inkább politizáláshoz közelebb álló jogászokból töltődik fel, mint az a nyugat-európai országokban máskülönben bevett. Különösebb szerepe nem is volt ennek a 70-es évek elejéig, ám ekkor - az említett 1971-es "Emberi Jogok Nyilatkozatát" reaktiváló alkotmánytanácsi döntés után - viszonylag sűrűn elkezdte alkotmányellenesnek minősíteni az elé terjesztett törvényjavaslatokat. Miután itt nincs állampolgári alkotmányos panasz ill. bíraktól induló konkrét normakontroll, és csak a parlamenti ellenzék utolsó esélyként indítja a parlamenti küzdelmekben átjutott törvény alkotmányellenessé nyilvánítását, a megrökönyödött kormánypárti politikusok kezdték feltenni a kérdést, hogyan jön az Alkotmánytanács ehhez?! (Morton 1988: 96; Starck 1988: 644). És valóban, ami a hivatásos bírakkal teli többi nyugat-európai alkotmánybírásgnál ilyen élesen fel nem vethető, szolid jogászai múltjuk és az őket szocializáló-kontrolláló jogászai professzió miatt, az a politikához jobban kötődő francia Alkotmánytanácsnál alig védhetővé teszi a helyzetet.

A nyitott alapjogi bíráskodás ezt a legitimitációt azonban nagyrészt elporlasztja ezek esetében is. Erre a 70-es években komoly jelek is voltak a német alkotmánybírásg vonatkozásában, amikor néhány nagy felzúdulást kiváltó döntésük után meredeken zuhant népszerűségük (lásd Landfried 1985: 79). Bár meg kell jegyezni, hogy külsődleges okok miatt a komoly, méltóságteljesen talárban megjelenő alkotmánybírásg és ítéleteik nyugodt érvelő hangneme fő szabály szerint nagy bizalmat biztosít részükre a közvélemény felől. Ez azonban nem pótolhatja tényleges jogászai legitimitációjuk elporladását, amit az alapjogi bíráskodás túlságosan tág igénybevétele magával hoz. (Némely kritikusa ezt úgy fogalmazza meg, hogy méltóságteljes színjátszásával és hangsúlyozottan jogászai érvelésével az alkotmánybírásg mímeli azt a konszenzust, ami a politikai pártok parlamentjében már nem teremthető meg. Lásd Hase/Ladeur 1980: 224; Ladeur 1982: 395.)

Az alapjogi alkotmánybíráskodás létrejötte a jog összerkezete mellett átstrukturálta az egész társadalom politikai akaratképzési folyamatát is a nyugati országokban, és a korábbi, jogon kívül futó politikai viták egy részét az ideológiai szférából az alkotmánybíráskodásra tolta át. Illetve miután e fórum stabilizálódott és az alapjogok révén nyitottá vált az ideológia felé, e viták résztvevői, mint a viták lezárásának egyik fő útvonlát igyekeznek extenzíven igénybe venni. Az itt



releváns összefüggéseket röviden úgy lehet összefoglalni, hogy a kompetitív politikai pártrendszer belső fejlődési tendenciái a II. Világháború utáni évektől mindinkább leszakították a politikai pártok akaratképzését a korábbi merevebb ideológiai-normatív meghatározottságról, és a mindenkori politikai szavazótömbök arányának függvényében állítják össze politikai programjukat. Az állami akaratképzés is egyrészt - a parlamenti és a kormánydöntések terén - az így rugalmasabban reagáló pártok eseti döntés-meghatározottságára épült át, másrészt az egyes törvények előkészítése kapcsán ad hoc módon "alkudják ki" a döntések részleteit a bevont érdekegyesületi csúcsszervek, minisztériumok delegáltjai, pártpolitikuskok és szakértők. Vagyis az állami-politikai döntési folyamatok erőteljesebben az eseti problémamegoldások szerint alakulnak a korábbi ideológikusabb alátámasztású mechanizmussal szemben (Pokol 1981; 1987).

Az alkotmánybíráskodás alapjogi ítélkezése és ennek gyakorlata ezzel szemben egy absztraktabb szinten örökérvényűként lefektetett elvrendszert állít ismét az akaratképzés középpontjába, és veszi kontroll alá az eseti-kompromisszumos döntési folyamatok termékeit. Ennek fontos pozitív hatása lehet azoknál az alapjogoknál, amelyek lokalizálhatóbb tartalmuk révén utólag a jogdogmatikai pontosítást meg tudták közelíteni. Az ezen túli alapjogok esetében azonban - mint a probléma kritikusai jelzik - az alkotmánybíráskodás csak lemerevíti a rugalmasabb kompromisszumkötés lehetőségét (Hesse 1984).

Ha egy fontos állami szerv már stabilizálódott, súlyt vívott ki, megindul a politikai viták résztvevői által instrumentalizálása és a viták folyamán vagy annak lezárásához felhasználása. Ez a helyzet jött létre az alkotmánybíráóság estében is. Ma már úgy jön számításba a fontosabb társadalmi-politikai viták lezárásánál, mint a pártokból álló parlamentek törvényhozása helyett egy alternatív út. Ha egy ilyen vitát nagy társadalmi rezonancia mellett kihordtak, a törvény szintjén rögzítésnek most már az is alternatívája lehet, hogy kiemelik a probléma lényegét, "alapjogiasítva" megformulazzák, és kéri az alkotmányban történő rögzítést, ezzel vitatásának kivonását a politikai arénából. Egy küszöb alatt ez sem jelent túl nagy problémát. Az utóbbi évtized növekvő társadalmi mozgalmainak hatására azonban ebben is egy rejtett feszültség húzódik meg. A nyitott alapjogi bíráskodás és egy mértékletességet nem tanúsító alkotmánybíráóság így "beépített bombákká" tehetik az alapjogokat. Európában nem alakult ki az alkotmánybíráósági gyakorlatban a politizálástól elvi alapon meghúzott elkülönülés, noha, mint jeleztük, a hivatásos bírák túlsúlya az ebben rejlő veszélyt az eddigiekben csökkentette.

Ez utóbbi felvetéshez csatlakozik, bár csak technikaibb jellegű az a probléma, hogy míg a parlamenti törvényhozásnál a hatályos törvények konszolidált lecserélése és időről-időre problémamentes változtatása megoldott, az alkotmánybíráósági alapjogi ítéletek ilyen konszolidált változtatása sok alapjog esetében nem alakítható ki. Változtatni az örökérvényűség igénye nélkül folytatott, empirikus vitákban nem nehéz, de az örökkévalóságnak teremtett alapjogokra koncentrált alkotmánybíráósági érvelés utólag nem ilyen könnyen korrigálható. Ahol tehát csak mímelni lehet az abszolútum jellegű alapjogi rögzítést, ott jobb eltekinteni ettől, és a rugalmasabb parlamenti törvényhozásra bízni a döntéseket.

#### **1.4. Az alkotmányos alapjogok jogelméleti jelentősége**

Az emberi jogok történelmileg a fennálló állapotokkal való elégedetlenség termékei, mint ahogy a mai értelemben vett alkotmány gondolata is. Gerald Stourz új kötetében rendszeresen végigelemzi azt a folyamatot, amelyben a XVII. századi

angliai előzményei után az állam "testét" jelentő "constitutio"-fogalom új minőséget kapott az amerikai függetlenségi törekvéseket alátámasztani kívánó érvelésekben az 1700-as évek első évtizedétől, majd a francia társadalmi-politikai feszültségek légkörében (Stourz 1989: 39-87). Ebben az átértelmezésben a korábban csak szórványosan használt és egyszerűen a közjogi törvényeket jelentő alkotmányfogalom lokalizálódott az állami-hatalmi struktúrák jelölésére, és az így *kiemelést kapott alapfelépítés* vált a társadalmi szerződéselméletek, az ember jogai és az állam viszonyának vitatott tárgyává. A függetlenségre törekvő amerikai gyarmatok a máskülönben szuverén angol törvényhozó parlamenttől *egy szinttel mélyebbre nyúlva most már* az (eszmeileg lokalizált) alkotmány megsértését kérték számon. A franciák is hirtelen rádöbbenek, hogy tulajdonképpen nincs is alkotmányuk (Luhmann 1989:6). Amennyiben korábban ez a fogalom felmerült, úgy itt is csak a közjogi törvényeket jelölte minden differenciáltság nélkül, a későbbiekben azonban az állam alapfelépítésére lokalizálódott, és kulturális-ideológiai vitákban alternatív felépítések fogalmazódtak meg. Társadalmi elégedetlenség és forradalom nélkül az alkotmányjog és a mögötte álló kulturális diskurzus kiemelkedése nem mehetett volna végbe, mint ahogy azt Anglia példája mutatja, ahol az alapstruktúrák és alapelvek "bennrejtettsége" az egyszerű jogban töretlen maradt.

Ebből a gondolatkörből szeretnénk kiindulni az alapjogi alkotmánybíráskodás jogelméleti jelentőségének megértésénél. Az alkotmánybíráskodás stabilizálódása a jog többi területe fölött a kezdeti "szervezeti-procedurális" alkotmányok (Alexy) esetében az állami-politikai rendszer felépítése és működése körüli diskurzust emelte ki a korábbi eseti-diffúz vitákból és gondolkodási szintből. Az állam alapfelépítésére vonatkozó viták néhány évtizedes gyakorlata után, amikor az alternatív koncepciók összehasonlításaiból finomabb továbbfejlesztések, rendszerezések, újabb gondolati konstrukciókkal és szemantikákkal ellátott pontosítások jöttek létre, *a korábbi gondolkodási szint egésze*, mint nem adekvát értékelődött le. Niklas Luhmann elemzése az amerikai alkotmány kidolgozása előtti évekről jól mutatja, hogy a konkréttá vált vitákban néha hónapok alatt vetődtek fel és dőltek el a későbbi alkotmányfejlődés sok évtizedére fontos alapkérdések, amelyek korábban egyáltalán nem jelentkeztek (Luhmann 1989: 19-26). Ha egy politikai-kulturális diskurzus erre a szintre eljutott, és az átfogó politikai kultúrában az adott társadalomban ezen az absztrakt elvi szinten rögzítődtek a vitában kialakult pozíciók, akkor az állam és az átfogóbb politikai szféra részleteire vonatkozó eseti érvelések már csak mint ezekhez adalékok jöhetnek számításba. És ha ezekre nem vonatkoztathatóak, akkor mint nem relevánsak nem számíthatnak rezonanciára az ilyen kérdések fölötti diskurzusban. *Az alapjogokkal kibővült alkotmány és a fölötte megteremtett alkotmánybíráskodás az elmúlt évtizedekben ezt az absztraháló-kiemelő tendenciát indította el a jog összes területe fölött.* Az eltelt majd fél évszázad pl. a nagyon széles alapjogi alkotmánybíráskodást intézményesítő Németországban már mutat jó néhány tendenciát ennek következtében, de megítélésünk szerint ennek tényleges hordereje csak hosszabb idő után mutakozhat meg a jövőben.

Attól függően, hogy milyen típusú (erősebben jogi vagy inkább politizáló) alkotmánybíráóság kezébe kerül az alapjogok fölötti rendelkezés, eltérő változások mutatkoznak az adott társadalom ideológiai, politikai és jogi alrendszerében.

*1. Ideológiai alkotmánybíráskodás.* Egy nagyjából aktivista, az alapjogokat absztrakt-morális elvként felfogó alkotmánybírákból álló testület gyakorlata nagy társadalmi viták közepette zajlik. Ez a típus, amennyiben a döntés által kiváltott heves viták ellenére hosszabb időre stabilizálódni tud, az ideológiai szféra középpontjává válik. A közvetlen ideológiai viták, az alkotmánybíráóság egyes döntései után mindig újra meg újra provokálva, fokozatosan e döntések körül szerveződnek; a gyakorlati politikai szféra újabb impulzusokat kap absztrakt szintű, elvi politizálás mentén táborok kialakítására; a politizáló hajlamú közírók és művészeti körök egy része, kvázi alkotmányjogi szakértővé válva, tevékenységét az

itteni vitáknak szenteli. Ha ilyen tisztasággal egyetlen európai alkotmánybíróság sem toldott el ebbe az irányba, néhány ehhez közelítő rövid fejlődési szakasz mindegyiknél található az említett kihatásokkal. Pl. a nyugat-német alkotmánybíróság 70-es évek elején, a két német állam közötti szerződést ratifikáló törvény megtámadása kapcsán hozott döntése után, vagy még az 50-es évek közepén a szélsőséges pártok alkotmányellenessé nyilvánítása után jelentkeztek ezek a jelenségek. A francia Alkotmánytanács 1980-as évek elején született döntései az új szocialista kormány államosító döntéssorozatának alkotmányellenessé nyilvánításáról az alapul fekvő ideológiai jellegű érvek miatt szintén ide sorolhatók. (Az így kialakuló vitákban néhány szigorúbb javaslat az Alkotmánytanács megszüntetését is megfontolásra ajánlotta. Lásd Morton 1988:94.) De hasonló volt a New Deal megvétőző az amerikai Supreme Court 1930-as évekbeli szereplése is, és az 1950-es évek második felétől, Earl Warren főbíró kinevezése után vált ez a szerv különösen az alapjogi aktivizmus középpontjává.

Ezek azonban inkább kivételes tisztaságú megjelenítései az alkotmánybíróságok tevékenységében mutatkozó, ideológiai szféra felé mutató kihatásoknak. Ha nem is ilyen élesen, de e hatások miatt a mai ideológiai szférák felé az alkotmánybíróságok fontos tájékozási pontként jelentkeznek.

**2. Politikai alkotmánybíráskodás.** Ennek viszonylag tiszta esete a francia Alkotmánytanács, amely előtt eljárást bíróságok vagy állampolgárok nem kezdeményezhetnek, csak parlamenti képviselők egy meghatározott számú csoportja. (III. a kormányfő, az államfő és a parlament két házának elnökei.) Ez egyértelműen a törvény-előkészítés kapcsán lezajlott politikai küzdelmek utolsó állomásává avatja az Alkotmánytanács előtti eljárást. Túlnyomóan ugyanis az ellenzék kísérli meg a törvényjavaslatok sikertelen megbuktatását a parlamentben most utolsó esélyként alkotmányellenessé nyilvánítással korrigálni (Starck 1988: 643). Az absztrakt normakontroll ugyan a legtöbb európai bíróság esetében gyakorolt eljárás, de máshol alárendelt szerepet játszik a konkrét jogesetek kapcsán folyó eljárások mellett, és ezek jótékony "eljogiasító" hatása rajta hagyja lenyomatát a szórványosan előforduló absztrakt normakontroll döntésein is, kellő rezisztenciát biztosítva az alkotmánybíróság számára az átpolitizálódással szemben.

**3. Jogászai alkotmánybíráskodás.** Tanulmányunkban ezt a típust vettük alapul, és erre a nyugat-német alkotmánybíráskodás volt a legjobb példa, kisugárzó hatása révén pedig a legtöbb nyugat-európai alkotmánybíróság ebbe az irányba fejlődik. Megítélésünk szerint igazán robbantó hatása ennek a típusnak van, mivel ez a morális-ideológiai diskurzusban kialakított emberi jogokat ötvözi a jogászai és jogdogmatikai tevékenység évszázadok alatt kifinomult eljárásaival, és ez a korábbi szórványos és absztrakt viták helyett konkrét életbeli esetekkel szembesíti évről-évre ezeket az alapjogokat. Míg a politikai vagy az ideológiai típus egyszerűen meghosszabbítja az e szférákban amúgy is folyó politikai és ideológiai küzdelmeket, de igazán új minőséget nem visz ezekbe. Persze ennek ellenoldala, hogy az absztrakt alapjogok túlságosan közvetlen alkalmazása felidézi sokszor az őket recipiáló jogrendszer és jogdogmatika szétzilálódásának veszélyét (Krawietz 1987:215). De ha ezeket a túlzásokat sikerül egy szint alatt tartani, a fokozatosan kialakuló alapjogi dogmatika többé-kevésbé szervesen be tudja ezeket illeszteni a jogba.

Változások azonban ebben az optimális esetben is létrejönnek az alapjogok révén a jogrendszerben. Csak a legfontosabbak:

**I.** Az alapjogi dogmatika révén továbbgyűrűzik fokozatosan az a hatás, amelyet a korábban az egyszerű törvények fölé emelkedő alkotmány az állami-politikai élet vonatkozásában már végrehajtott, és amely az itteni alapstruktúrákat lokalizálva alárendelt szerepbe kényszerítette a közigazgatás és az állam eseti problémáival foglalkozó tevékenységeket. Most ugyanez a hatás a jog összes területének

vonatkozásában lokalizálja a főbb aspektusokat absztrakt elvek képében, és ez leértékeli az eseti bírói kazuisztika önálló jogfejlesztő szerepét. Az évenkénti sok száz alkotmánybírósági belenyúlás a bírói kazuisztikába absztrakt elvek alapján (és mögöttük álló alapjogi monográfiák tömegével) megtöri jórészt azt az organikus jogfejlesztési utat, amelyben az esetek tömegében tapogatózva, *utólag tisztít le* egy jogelvet, jogintézményt a bírói döntések több éves sorozata.

**II.** Az alapjogokra épített alkotmánybíráskodás a hatályos jogi szövegek természetében is egy fontos változást hajt végre. A jogi rendelkezések *szabály jellege esetükben megtörik*, és nyitott jogelvek alapján jönnek létre jogi kötelezettségek, jogosítások (Alexy 1985: 69). A jogszabályból való hézagatlan levezethetőség ugyan az egyszerű jogterületek szabályai esetében is legtöbbször illúzió, de a szabályban levő döntési tartalom a mögöttes jogász professzió belül konszenzust élvező jogdogmatikai összekapcsolásokkal nagyjából kiszámíthatóvá teszi a bírói ítéleteket. A jogi rendelkezések szabály jellege ezentúl biztosítja, hogy többé-kevésbé pontosan el lehessen választani a valóban hatályos joganyagot interpretáló jogtudományi-jogdogmatikai megoldásokat a *de lege ferenda* javaslatoktól. Az utóbbiak - bár a jogász professzió belül nagy tekintélyt élvezhetnek - "csak" jogtudói termékek, "lehetőségek", amelyek adott jogszabály-változtatások esetén hatályos szabályokban csapódhatnak le a jövőben. Az *alapjogok esetében megszűnik ez az elválasztottság a "csak" akadémiai vélemények és a hatályos jog dogmatikája között*. Itt már csak egymással polárisan szembenálló verziók vannak - láttuk az öt alapjogi elmélet eltéréseit -, és mindig az alkotmánybíróság dönti el mi is az alkotmányos, következésképpen jogos.

Ezt persze szelídíteni kell azzal, hogy egy-egy időszakban az alkotmánybíróság többé-kevésbé kitart egy ilyen értelmezés mellett, és ez bizonyos fokig kihat a éppen "hatályos" alapjogi dogmatikát a többi közül. Az alkotmánybíróság választását pedig befolyásolja a professzió belüli konszenzus eltolódása. A német alapjogi irodalomban jól kimutatható, hogyan követi a professzió magvát jelentő bírói karba beágyazott alkotmánybíróság ítélezése az egyes alapjogi értelmezések jogtudományi kidolgozását, és a professzió konszenzusának eltolódását egyikről a másikra (Häberle 1987: 136). Ennek ellenére a *de lege lata* és a *de lege ferenda* közötti határvonal feloldódása nem lebecsülendő veszélyt jelent a jog számára, és jó néhány reflexió a modern európai jog egészének felbomlását veti fel mint lehetséges végállapotot (Forsthoff 1964; Krawietz 1987). Ma még nem lehet tudni, hogy nem éppen ezek a veszélyek válnak-e a jövőben akuttá, vagy ezzel szemben a tanulmányunkban optimistán feltett jogdogmatikai megszelídítésük és fokozatosan konkrétabb szabályanyaggal ellátottságuk jön létre.

**III.** Egy további alapvető kihatás az alapjogi bíráskodás révén, hogy a parlamenti törvényhozásban levő politikai pártok akaratképzése a jogász professzió kontrollja alá kerül. Egy hosszabb idő után megfordul az a viszony, amit a 19. század elejétől a parlamenti törvényhozás és a mögöttük kibomló pártrendszer következtében századunkra létrejött. A parlament által elfogadott törvények formailag hatályba lépnek ugyan, de végleges beilleszkedésük a jogrendszerbe még az alkotmánybíráskodás szűrőjén való átjutástól függ. Noha a gyakorlatban a rendelkezések döntő többsége átjut ezen a szűrőn (és mint jeleztük, a várható alkotmánybírósági reagálás anticipálása már a törvény-előkészítés menetében jelen van) de épp a legfontosabb rendelkezésekre fokozottan ügyel az alkotmánybíróság. Ebben egyáltalán nem jelent akadályt, hogy csak külső eljárásindításra jogosított szervek, személyek tudják mozgásba hozni az alkotmánybíráskodást. Pl. a német gyakorlatban az évi 1500-2000 állampolgári alkotmányos panasz szinte minden fontos rendelkezést valamilyen oldalról kifogásol, és mint az elemző cikkek kimutatták, nagyon is tudatos az a szelektálás, amelyben a szövetségi szintű alkotmánybíróság mellett erre létrehozott hat "szűrő bizottság" kb. 5%-ot enged át (Ladeur 1982: 405). Ugyanígy Olaszországban a konkrét normakontroll küszöbe olyan alacsonyan van megszabva, hogy a bírák évi több száz esetben terjesztenek

fel alkotmányossági vizsgálatra jogi rendelkezéseket, amelyből szelektálva az alkotmánybíróság markáns alkotmány- és jogpolitikát tud kialakítani (Ritterspach 1986: 234).

Mindezek hatására a jog valamikori politikai nyitottsága tendenciaszerűen csökken, és a bírói karba beágyazott alkotmánybíróság révén a jogász professzió átfogóbban tudja kontrollálni a jog mozgását. Igaz ennek ára, hogy a jog pontos szabályanyag jellege erősebben fellazul, ill. a szabadabb jogalkalmazás, amit az értékelő jogtudomány az utóbbi évtizedekben a hagyományos jogterületeken is kifejlesztett a jogszabálysöveg rovására, tovább oldódik. Pl. a jogelvekből teleológiai redukcióval "hézagöltés" konstrukciója Larenznél (1979: 362) vagy Wilburg "mozgó rendszere" a konkrét szabályanyag felülbíráására (Wilburg 1950 ill. újabban ennek vitatására ismét: Bydlinski/Krejcietz 1989).

A jog tehát mint professzionális intézményrendszer jelenik meg az általunk vázolt képben, és az alapjogok alkotmánybíráskodása meghatározott előfeltételek (bírói beágyazottság ill. az alapjogok fokozatos dogmatikával ellátottsága) esetén csak beteljesíti ezt a fejlődési utat. Ezek hiányában azonban felidézheti azokat a veszélyeket, amelyeket kritikusai kitartóan hangoztatnak.

## 2. A magyar alapjogi alkotmánybíráskodás

Kiindulópontként hadd jelezzek a modern alkotmányokon és alkotmánybíráskodáson belül egy fontos határvonalat, amely az elhatárolt részeket eltérő jelentőségűvé teszi az összjogrendszer szempontjából. Az alkotmányok hagyományosan az államszervezeti alapstruktúrákat és az ezek köré települt politikai intézmények, eljárások és választások alapvonalait szabályozták. A létrejövő alkotmánybíróságok a XX. századtól, amennyiben ilyen alkotmány alapján ítéleztek, elsősorban az alkotmányjogot és a közigazgatási jog bizonyos részeit érintették ítéleteikben. Egyszerűsítve ezt úgy lehet megfogalmazni, hogy az alkotmánybíráskodás az "államszervezeti alkotmány" esetén az alkotmányjogászok feladatának és belügyének tekinthető. Az alkotmányok államszervezeti része fokozatosan egészült ki a politikai és ideológiai küzdelmekben és vitákban kialakult emberi jogokkal - vagyis alkotmányba foglalásuk után már: alkotmányos alapjogokkal. A kezdetben hangsúlyos politikai szabadságjogok még tapadtak az alkotmány államszervezeti-politikai szabályozási területéhez, de az alapjogi katalógus bővülésével és főleg hangsúlyváltásaival egyre inkább túlmént az alkotmánybíráskodás ezen, és most már nem elsősorban az államhatalmi intézmények, hanem átfogóbban, *az egész jogrendszer kontrollálójává vált az alkotmánybíróság*. Ma tehát érdemesnek látszik különválasztani az "államszervezeti alkotmánybíráskodást", amely az államhatalmi-politikai kérdéseket érinti, és az "alapjogi alkotmánybíráskodást", mely utóbbi ugyan érinthet szintén ilyen kérdéseket is, de sokkal inkább a hagyományos jogterületek (polgári jog, büntetőjog etc.) szabályai fölött gyakorolt kontrollt jelent. A különválasztás után jelezni kell, hogy az elemzés döntően a második terület kérdéseire összpontosít, és az alapjogok ill. az egyes jogterületek szabályanyaga közötti viszonyt tartja szem előtt. Ezt a problémakört a magyar alkotmánybíróság működését és az ezt jelző határozatait megvizsgálva járjuk körül, de még előtte egy jogelméleti pozíciót kell felvázolni két rövidebb részben, és majd csak ennek fényében kezdjük meg az alkotmánybírási határozatok elemzését.

### 2.1. A jog szerkezete és koncepciói

Ha a modern jogelméleti gondolkodás elmúlt másfél évszázadának hatásos jogkoncepcióit röviden vázolni akarjuk, akkor a következő fontosabb jogkoncepció-típusokat emelhetjük ki.

1. *Törvénypozitívista vagy más néven szövegpozitívista jogkoncepció.* A jog egyenlő e koncepció szerint a mindenkori jogszabálysöveggel, ahogy az adott ország elismert jogforrásaiban az megjelenik. A jogalkotó e koncepció szerint csak a jogforrási hierarchiához kötött, de ezen belül szuverén módon, tetszése szerint írhat elő magatartási szabályokat - és a jog egyenlő e szabályok összességével. *E koncepció fontosabb előfordulásai:* a múlt század első felének francia "*exegétikus iskolája*", amely a XIX század nagy részében dominálta az egész francia jogéletet; Angliában *John Austin* jogkoncepciója sorolható bizonyos szempontokból ide; Németországban *Hans Kelsen* jogelmélete ad ilyen jogkoncepciót, és teljesen eltérő ideológiai gyökerekkel a *sztálini jogelmélet* is ide sorolható.

2. *Jogdogmatikai pozitívista koncepció.* E jogkoncepció szerint egy jogrendszer súlypontját az évszázadok alatt összezsírozott jogdogmatikai kategóriarendszer jelenti, amely megadja az egyes jogágak, jogterületek alapvázát, és amely kategóriák és jogdogmatikai elvek egymásra vonatkoztatva tulajdonképpen már egész pontosan jelzik a lehetséges konkrét jogszabályok kereteit. A jogalkotó parlament és a szabályokat esetileg alkalmazó bírák kötve vannak az összezsírozott jogdogmatikai kategóriákhoz, és e fölött igazán az egyetemi jogászok és/vagy a felsőbb bíróságok tagjai rendelkeznek. *Történetileg tiszta előfordulása e jogkoncepciónak a múlt század második felének német Begriffsjurisprudenz jogfelfogása volt,* de oldottabban, "*értékelő juriszprudencia*" név alatt, a mai német jogtudományban is az egyik uralkodó pozíciót jelenti. A hangsúly azonban ez utóbbi esetben már átkerült a puszta deduktív logikára építő jogfogalmi piramisról a rugalmasabb és értékelőbb jogdogmatikai elvek szintjére. *Fő képviselőként e jogkoncepciónál Karl Larenz, az osztrák Walter Wilburg és újabban Franz Bydlinski* neve emelhető ki.

3. *A bírói jog koncepciói* említhető még futólagosan, amelyek a jogot a mindenkori bírói gyakorlattal azonosították, de én úgy látom, hogy századunk első évtizedeinek nagy hatása után ezek ma már nem játszanak lényeges szerepet a nyugati jogi világban sem. Talán inkább abban a szelídítettebb formában, amely a jogdogmatika és a törvényhozó mellett tulajdonít döntő jelentőséget a bírói jogfejlesztésnek. Pl. a német Josef Esser neve említhető itt a német jogterületen megfigyelhető nagy hatása miatt az elmúlt évtizedekben.

4. De igazán Esser jogelmélete már a *többrétegű jogkoncepció* felé mutat, amelyben egymást kiegészítve-korrigálva és szintézisre hozva jelen vannak az előbbi egyoldalú jogkoncepciók által kiemelt egyes aspektusok is. Itt említhető meg - történeti sorrendben - Carl Friedrich von Savigny, később a francia Francois Géný, majd az alapvetően általa befolyásolt Benjamin Cardozo neve. Ezeket feldolgozva és szintetizálva jelenik meg a *többrétegű jogkoncepció* Josef Essernél az 1950-es évektől.

5. Mint új fejleményt kell kiemelni a jogelméleti fejlődésben az amerikai Ronald Dworkin jogkoncepcióját, amelyet *alapjogi jogkoncepciónak* nevezhetünk, és amelynek lényege - szemben a parlamentet tisztelő törvénytörvényizmussal, vagy a jogdogmatikát respektáló jogdogmatikai pozitívizmussal -, hogy a *jog súlypontját az alkotmányos alapjogok köré telepíti.* Egy bírói ítélet lehet ugyan törvényes, de igazán *jogos* csak akkor, ha az alapjogok fényében egyben *alkotmányos* is. Hogy mi az alkotmányos - következésképpen jogos -, azt pedig mindenkor az alkotmánybíróság állapítja meg. A vázolt egyoldalú jogkoncepciók mellett ezzel a

jogkoncepcióval tehát egy újabb egyoldalúság létrejötte állapítható meg. Persze jelezni kell, hogy a dworkini jogkoncepciót a 80-as évek elejétől a dogmatikailag jobban fegyelmezett német jogtudományból is átvették néhányan, és az itteni továbbfejlesztők egy feszebb jogdogmatikával igyekeztek az elmúlt években megszelídíteni ezt. Amennyiben ez sikerrel jár a jövőben, akkor *egy újabb többretegű jogkoncepció megjelenését lehet majd konstatálni*, amelyben a törvényszöveg, a jogdogmatikai rendszer mellett helyt kapnak majd egyenrangúan - és megszelídítve - az alapjogok is. Ma azonban még ilyen szintézis német földön sem nevezhető meg. Mindenesetre Robert Alexy és Ralf Dreier neve említhető itt, akik körül az utóbbi években csoportosulni kezdtek a német dworkinisták, és "konszituacionalisták" néven firmálják magukat az alapjogok aktivizmusától továbbra is tartó "legalistákkal" szemben. (Lásd Alexy 1986; Dreier 1988)

Röviden hadd utaljak itt még arra, hogy Magyarországon a 80-as évek közepén Kis János építette nagymértékben morálfilozófiai nézeteit a "Vannak-e alapjogaink?" című kismonográfiájában - John Rawls mellett - Ronald Dworkin írásaira (Kis 1986: 13 - 73). Kis Jánosnak ezek a fejtegetései azonban döntően a morális argumentáció és az igazságossági elméletek ill. mércék körül épülnek fel, és a tényleges jogrendszerek működését csak kis mértékben érintik. Kritizálhatóvá az a továbbvitel válik csak, amely az alapjogi bíraskodást közvetlenül ráépíti ezekre a morálfilozófiai argumentációkra. Dworkinnal szemben is épp itt lehet kritikailag fellépni. Rawls és Dworkin igazságossági mércéit, érveit a parlamenti vitákban, vagy a politikai-ideológiai diskurzusokban, pártok programharcaiban - természetesen a politika által megkívánt popularizált formában - nagy haszonnal lehet és kell felhasználni. Ha azonban *már egyedi ügyek konkrétsága szintjén működő alkotmánybírósági ítélkezést ültetünk erre rá közvetlenül, akkor a jog "finom mechanikáját" roncsolni fogja: a jogrendszer közvetlen átmoralizálása tönkreteszi a jogot.*

## 2.2. Az alapjogi bíraskodás jogkoncepciói

Az alapjogi alkotmánybíraskodás számára tehát ezek az általános jogkoncepciók állnak rendelkezésre, de az itt felmerülő speciális feladatkör csak meghatározott aspektusokban engedi ezeket érvényesülni ezen a szinten. Ennek révén az alapjogi bíraskodásban az *előbbiekből származtatott, speciálisabb jogkoncepciókat tudunk lokalizálni, amelyek meghatározzák az egyes alkotmánybírák jogszemléletét és ebből következő szerepfelfogását.* Az alapjogi bíraskodás bázisát jelentő alapjogok ugyanis oly mértékben absztraktak és jogdogmatikailag össze nem csiszoltak, hogy itt tiszta törvényt pozitívizmus vagy jogdogmatikai pozitívizmus elképzelhetetlen. Ezek az általános és a jogrendszer egészében hatásos jogkoncepcionális beállítódások azonban, amennyiben hatnak egy-egy alkotmánybírónál, sajátos akcentust adnak ítélkezéseiknél egyik, vagy másik irányban. Az az alapjogi koncepció azonban, amelyet Ronald Dworkin dolgozott ki általános jogkoncepcióvá, természetesen különösen alkalmasnak bizonyult az alapjogi bíraskodás speciális jogkoncepciójának befolyásolására. Kiemelve az említett német kísérletet e koncepció "alapjogi dogmatikával" való megszelídítésére azonban azt lehet mondani, hogy a *dworkinista általános szintű alapjogi jogkoncepció két verzióval létezhet a speciálisabb alapjogi bíraskodás szintjén.* Egyrészt el lehet különíteni egy - a dworkinista intencióknak jobban megfelelő - "aktivista alapjogász" koncepciót, másrészt egy "alapjogi dogmatikára voksoló" koncepciót.

E bevezető megjegyzések után megítélésem szerint a következő speciális alapjogi bíraskodási koncepciók vagy stílusok lokalizálhatók a különböző alkotmánybírák

tevékenységében:

1. *Parlamenti törvénybarát-koncepció.* Tiszta alakjában ez tulajdonképpen illegitimnek tekinti az egész alapjogi bíraskodást, amely üres blanketta-deklarációkra alapozva gyámság alá veszi a nép által választott parlament törvényhozását, és arra kényszeríti a nép felkent küldötteit, hogy az alkotmánybírák kiszámíthatatlan döntéseit próbálják eleve bekalkulálni törvényeikbe. Hadd idézem erre a típusra az amerikai Oliver Wendell Holmes főbíró egy ítéleti indokolását, aki mint az ottani legfelső bíróság tagja századunk első évtizedeiben az egész amerikai jogi gondolkodást tartósan befolyásolta: "Én távolról sem azt akarom állítani, hogy ezt a törvényt egy átgondolt rendelkezésnek tartom. Ez nem az én feladatam. Azonban, ha New York állam népe az általa választott képviselők száján keresztül értésre adta, hogy ezt a törvényt kívánja, akkor én nem látok semmi olyat az Egyesült Államok alkotmányában, amely megakadályozná ennek az akaratnak a kinyilvánítását." (Idézi: Fikentscher 1975 Band II.: 180).

Hatását tekintve az ilyen alkotmánybíró úgy tekinthető, mint az esetleges "aktivista alapjogász" kollégája örökös ellenpontja, nehezek az aktivisták hátán, és ezzel megszelídítjük, amennyiben más hasonló beállítottságú kollégáival összefogva érvényesíteni tudja aktivistákat visszafogó koncepcióját. Fontos még kiemelni, hogy amennyiben a negatív visszafogáson túl tevékenykedik, akkor inkább az aktivistáktól szelídebb, alapjogi dogmatikákat, szolid jogászi mércéket kidolgozni igyekvő kollégáival működik együtt. (Az említett Holmes főbírónál e második tevékenység is fontos volt, és pl. a szólásszabadság és az állam-, ill. közrendellenes bűncselekmények közötti feszült viszonyra dolgozta ki az amerikai jogban végül sikeres "clear and present danger"-formulát ("tisza és jelenvaló veszély"), amely jó időre megoldotta az itteni alapjogi nehézségeket.)

2. Az *"alapjogi dogmatika"* híve a következő típus, akit a jogszolgáltatás kiszámíthatóságának felszámolása jobban zavar, mint a parlament háttérbe szorítása, és a kalkulálhatóságot megtestesítő jogdogmatikai lépésrendek tisztelőjeként óvatosan kezeli a - képletesen szólva - "jogba beépített dinamitokat" is jelentő alapjogokat. Ez a típus egyrészt tiszteli a hagyományos jogterületek (magánjog, büntetőjog stb.) dogmatikai rendjét, jogelveit, és korlátként fogja fel ezeket az alapjogi bíraskodásnál, másrészt fő törekvése, hogy az alapjogok tág kereteit belső mércékkel behálózza, és az egyes alapjogok ellentmondásait egy-egy esetsoportra egy-egy jogi maxima kialakításával feloldja. Vagyis más szóval, hogy a morális-politikai fogantatású alapjogokat *utólag* összezsírozja és alapjogi dogmatikával lássa el. Ebből következik, hogy igyekszik elhárítani azokra az alapjogokra való támaszkodást, amelyek ilyen alapjogi dogmatikával még nincsenek ellátva. Tipikus érve ilyenkor: "Az alkotmány adott szövege a jelen esetben nem teszi lehetővé, hogy alkotmányértelmezéssel dönteni tudjunk, ezért tartózkodjunk a döntéstől."

3. *"Aktivista alapjogász"* a harmadik típusunk, aki Dworkin intenciói szerint - "Taking Rights Seriously" - igazán csak az alapjogokat veszi komolyan, és ha igazságérzete úgy diktálja a legelvontabb alapjogokat is igyekszik igénybe venni, hogy meg tudjon semmisíteni törvényeket.

Ez tehát a jogkoncepció-táblázat, amelynek fényében szeretnénk a következőkben a magyar alkotmánybíróság első két éves működését, határozatait elemezni, és a különvélemények ill. párhuzamos vélemények tükrében igyekszünk majd lokalizálni az egyes alkotmánybírák jogkoncepcionális háttérbázisát.

### 2.3. A magyar alapjogi bíraskodás jogkoncepciói



Röviden összefoglalva és megelőlegezve a következő kifejtés lényegét, azt az állítást lehet megkockáztatni, hogy a magyar alkotmánybíráskodás döntési stílusa kialakulásának első éveiben egy ívet mutat, melyben a kezdőponti ítéletei szinte egy szolid megyei bíróság törvénytiszteletével indultak, majd rögtön az első ítéletek után - mintegy mellékesen, egy határozat indoklásának végén elhelyezett tételével - az aktivista alapjogász beállítódás felé húzta el ítélezését, később ezt az aktivista irányvonalat egyrészt továbbvitte egy sor döntésében, de egyben néhány különvéleményben már kezdett megjelenni az ezt opponáló "parlamentari törvénybarát"-koncepció, ill. az alapjogok aktivizmusával szemben az egyszerű jogterületeket és jogdogmatikáját jobban tisztelő "alapjogi dogmatikai"-koncepció is. Ezután egyre inkább egy belső kettéoszlás volt látható éveken keresztül alkotmánybíróságunk bírúi között az említett jogkoncepcióknak megfelelően: három-négy bírót lokalizálni lehet mint markánsan anti-aktivistát, míg az aktivista oldalon is jobban elhelyezhetőnek tűnik néhány alkotmánybíró. Nézzük meg e felvázolt ív alakulását alkotmánybíróságunk eddigi döntései fényében.

A 2/1990 (II. 18) AB határozat a választási törvény ajánlószelvényekkel kapcsolatos szabályait vizsgálta abból a szempontból, hogy ezek sértik-e a választás titkosságának alkotmányos elvét. Az alkotmánybíróság nemmel döntött, de itt számunkra csak az az érvelése a fontos, amely mutatja az alapjogok természetét illető ekkori felfogását: "A titkosság követelményeinek nem lehet olyan kiterjesztő értelmezést tulajdonítani.....Az ilyen kiterjesztő értelmezés ugyanis azon túlmenően, hogy *semmilyen jogszabályi alapja nincs*, beláthatatlan káros követelményekkel járna, mivel gyakorlatilag kizárná a jelölés törvényességének ellenőrzését..." (Kiemelés tőlem - P. B. Az Alkotmánybíróóság határozatai 1990. 19 p.). Itt különösebb aktivizmus sem kellett volna - véleményem szerint -, hogy a titkosság "funkciójából", lényegi rendeltetéséből kiindulva megsemmisítsék a névszerinti ajánlás intézményét - kerül, amibe kerül a törvényhozók fejtörését illetően az intézmény pótlásának a kidolgozása. Azonban szinte egy szolid megyei bíróság stílusát idézi fel a "jogszabályi alap utáni kérdés" egy alapjog által esetleg megkövetelt kiterjesztése esetén.

A 3/1990-es ill. a 4/1990-es határozatok is hasonló alapjogi szolidaritást tükröznek. Az 5/1990-es határozatnál is csak azért érdemes most megállni, mert itt az ügyel kapcsolatban nyilatkozattételre felkért pénzügyminiszter és az OT elnöke olyan "szuper-anti-aktivista" alapjogi jellegű nyilatkozatot tett, amely minden aktivizmus nélkül is elvi élel megkövetelte volna az alkotmánybírószágtól az alapjogok hatásának leszögezését. Az említett nyilatkozat így szól: " Az Alkotmány nem rendelkezik arról, hogy az állam milyen esetekben, milyen jogcímen vethet ki adót. Az adózással kapcsolatos egyetlen alkotmányos rendelkezést a 70/I § tartalmazza, amely azonban nem korlátozza az állam adó-megállapítási jogát....Az állam adóztatási jogát tartalmilag az állami pénzügyekről szóló 1979 évi II. törvény adózásra vonatkozó rendelkezései sem korlátozzák. (Az Alkotmánybíróóság határozatai 1990. 34. p.). Ez a nyilatkozat tipikusan visszaadja azt a beállítódást, amely szerint az alkotmány annyiban érint egy területet, amennyiben expliciten rá vonatkozó szabály található benne, így evidensen következik belőle az alapjogok hatásának teljes negligálása. Az alkotmánybíróóság ehhez képest alaki okokból alkotmányellenességet megállapítva egy szóval sem érintette ezt az "alapjogi provokációt". Hasonlóan ehhez, jól alátámasztják a kezdeti anti-aktivista beállítódást az alkotmánybíróóság részéről sűrű hivatkozásai a vizsgált törvények indoklására, és a törvényalkotó akaratának, szándékának felderítésére irányuló törekvései.

A 8/1990-es AB határozat indoklásának végén lehet látni az említett nagy fordulatot a korábbi hónapok szolid beállítódása után. Az alkotmányban lefektetett legabsztraktabb alapjogot, az emberi méltósághoz való jogot mint az "általános

személyiségi jog" egyik alapesetét minősítette itt az alkotmánybíróság, és beemelte ezt az alkotmányba nem is mint egyszerű alapjogot, hanem mint "anyajogot". A döntés szövegében ez így áll: "Ez anyajog, azaz olyan szubszidiárius alapjog, amelyet mind az Alkotmánybíróság, mind a bíróságok minden esetben felhívhatnak az egyén autonómiájának védelmére, ha az adott tényállásra konkrét, nevesített alapjogok egyike sem alkalmazható. (Az Alkotmánybíróság határozatai 1990. 45. p.). Megítélésünk szerint ez az idézet akár mint az "aktivista krédó" is felfogható. A későbbi határozatok fényében azt lehet erről mondani, hogy ezzel az alkotmányos kötöttség minimuma is eltűnik az erre alapozó alkotmánybírósági döntésekből, és tényleg csak a csupasz igazságérzet marad döntésének alapja. (Már itt jelezni kell, hogy jó másfél év után aztán az akkori 5 tagú alkotmánybíróság egyik tagja ki is mondja majd ezt különvéleményében.)

A 9/1990. AB határozat bizonyos fokig továbbviszi ezt az aktivista vonalat, amikor az alkotmány 70/A §-ának formális jogegyenlőséget kimondó (1) bekezdése és az ezt kontrázó tartalmi egyenlőséget célzó, esélyegyenlőség növelését alkotmányos célként előíró (3) bekezdés ellentmondását úgy oldja fel, hogy a kettőt transzponálja egy absztraktabb síkra, és - szó szerint követve Ronald Dworkin útmutatását - az "egyenlő méltóságú személyként kezelést" tekinti annak a formulának, amely kielégíti mind a formális jogegyenlőség követelményét, mind az ettől való eltérést. (A formai és a tartalmi egyenlőség ellentmondásának elemzéséhez lásd Bragyova: 1991). Az aktivistától az alapjogi dogmatikai pozíció felé eltolódást ebben az esetben úgy lehetne megtenni, ha nem egy absztraktabb formulában igyekezne a két követelmény ellentmondását elrejtteni, hanem ezt nyíltan elismerve inkább olyan belső mércéket, maximákat próbálna kidolgozni az alkotmánybíróság, amelyek a fontosabb esetcsoportok vonatkozásában feloldanák az ellentmondást - hol az egyiket, hol a másikat viaszorítva. Fel lehet hozni erre a lehetőségre példának az amerikai jogfejlődésből a Holmes főbírónál már jelzett "clear and present danger" formulát, vagyis a "tisztá és jelenlévő veszély" formuláját, amellyel fel tudták oldani az ellentmondást a szólásszabadság és az állam- és közrend elleni bűncselekmények között. Ezzel a formulával lehetővé vált, hogy elvi élel tudják eldönteni, mely büntetőjogi tényállások minősíthetők alkotmányellenessé, és melyeknek van létjogosultsága még a szólásszabadság esetén is. Persze ennek előfeltétele volt, hogy először elismerték az antagonisztikus ellentmondást a két követelmény között, és nem egy absztraktabb síkra transzponálva kerülték meg azt.

Az 21/1990-es AB határozat az aktivizmus visszahajlását jelzi a precízebb alapjogi dogmatikai megoldások felé. Itt azt lehet látni, hogy az előbbi határozatban lefektetett meglehetősen dodonai formulát az "egyenlő méltóságról" már a pozitív diszkrimináció előfeltételeinek meghatározásával igyekeztek értelmezhetővé tenni. (E megoldás pozitív értékeléséhez: Eörsi/Kis 1991). Lényege ennek: a megkülönböztetés alkotmányosságának az a bizonyosság a feltétele, hogy az érintettek közötti megkülönböztetés olyan eljárásban alakult ki, amelyben az érintettek szempontjait azonos körülményekkel és elfogultatlansággal mérlegelték. (A későbbi határozatok fényében még kitérünk erre a formulára.)

A 23/1990. AB határozat a halálbüntetés alkotmányellenessé minősítése kapcsán, megítélésem szerint egyrészt ismét az aktivizmus csúcspontjainak rögzítését jelentő különvéleményeket produkált, másrészt először jelentkezik itt a "parlamenti törvénybarát" pozíció az aktivizmust elutasítóan egy különvéleményben.

1. Lábady Tamás és Tersztyánszky Ödön alkotmánybírák párhuzamos véleménye jórészt egyezik a közös határozat érvanyagával, ám az emberi méltóság formulájára támaszkodásuk foka az egész alkotmány értelmezésében és az absztrakt formulából való aggálymentes következtetés-levonásuk konkrét kérdések eldöntésére, véleményem szerint aktivizmust tesz náluk lokalizálhatóvá. Így a vizsgált szempontunk miatt csak ez a lokalizálhatóság érdemel most kiemelés. Aktivizmust jelent különösen, hogy az államhatalom - jelen esetben a parlament - jogát tagadják

arra, hogy az alkotmányos alapjogok fölött, akár rangsorukat tekintve is, rendelkezék. "Az állam tehát azért nem foszthatja meg büntetőhatalmánál fogva az embert életétől és az emberi méltóságtól, mert a halálbüntetéssel az Alkotmányban védett fenti értékeket önkényesen átrendezi." (Az Alkotmánybíróság határozatai 1990. 96. p.). *Lényegében ez az állítás az alkotmány alapjogi része fölötti rendelkezésből véglegesen kitolja az államhatalmat birtokló parlamentet.* Ebből az álláspontból következhet majd egyszer a jövőben, ha az alkotmánybíróságunkon belüli többségi beállítódás esetleg az aktivizmus irányába dőlne el, hogy hiába hoz létre alkotmánymódosítást a parlament, amely explicit módon korlátozó-pontosító jelzővel lát el egy alapjogot, vagy egyszerűen kihagy egy ilyen korábban szereplő alapjogot, *ezt az alkotmánymódosítást mint alkotmányellenest utasítja el az alkotmánybíróság.*

2. Súlyom László párhuzamos véleménye szintén aktivista alapjogászai beállítódást mutat. Véleménye kezdősoraiban megismétli a 8/1990-es határozat "aktivista krédóját", még hozzá azzal a további erősítéssel, hogy itt már nemcsak egyszerűen "szubszidiárius anyagot" jelez az emberi méltóság jogánál, hanem azt mint "még nem nevesített szabadságjogok forrását" fogja fel. (Az Alkotmánybíróság határozatai 1990. 97. p.). Hasonló aktivizmust mutat ebben a párhuzamos véleményben az alkotmánybíróságnak a parlamenthez és a létező alkotmányhoz való viszonyra vonatkozó felfogása is. "A Parlament tetszése szerint fenntarthatja, eltörölheti vagy visszaállíthatja a halálbüntetést - amíg e büntetés alkotmányosságáról az Alkotmánybíróság ki nem mondta végső szót." (uo.) Egy nem aktivista álláspontból szemlélve az alkotmányosságról *végső szóval* mindig az alkotmányt létrehozó testület (parlament) dönt - a minősített többség és más esetleges eljárások beiktatásával. A párhuzamos véleménynek ebből a megfogalmazásából ismét következik az az előbbi véleménynél már jelzett lehetőség, hogy ha az alkotmánybíróságunk - egy absztrakt alkotmányos formulára alapozva - a parlament nyilvánvaló többségi akaratával szemben alkotmányellenesnek minősített egy konkrétabb dolgot, akkor a parlament ezt már kifejezett alkotmánymódosítással sem hozhatja vissza, mert azt az alkotmánymódosítást az alkotmánybíróság most már alkotmányellenessé minősítheti. (Az osztrák parlament gyakorlatában fordult elő egy időben sűrűn, hogy alkotmánymódosítással utólag semlegesítette az alkotmányellenessé minősítést, de a magyar Országgyűlés is élt e módszerrel, a rendszerváltás utáni működése első éveiben.) Csak a félreértések elkerülése miatt kell jelezni, hogy itt egyáltalán nem a halálbüntetés ilyen módon történő visszaállítása melletti érvelésről van szó, hanem csak az elemzett véleményben levő "maradandó hatásra" kell előre felhívni a figyelmet: a parlament alkotmány fölötti rendelkezési jogának radikális beszűkítésére, az alkotmánymódosítás alkotmányellenessé nyilvánításának lehetőségére, amely e két elemzett párhuzamos véleményben már benne van. Ezt az utat - szemben az osztrákkal - a német Szövetségi Alkotmánybíróság kezdte el, ám ott egy alkotmányos rendelkezés - ,ha szűk formában is -, de alkotmányosan megalapozta ezt. (Lásd a német alaptörvény 79. cikkének (3) bekezdését és német alkotmánybíróság ezt kitágító 253/1956-os határozatát.) A magyar alkotmányszöveg azonban ilyen lehetőséget sehol nem ad.

Az alkotmányhoz való aktivista hozzáállás egy másik megfogalmazását ebben a párhuzamos véleményben a következők mutatják: "Az Alkotmánybíróságnak folytatnia kell azt a munkáját, hogy értelmezésében megfogalmazza az Alkotmány és a benne foglalt jogok elvi alapjait, és ítéleteivel koherens rendszert alkot, amely....az Alkotmány fölött mint "láthatatlan alkotmány", az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál, és ezért várhatóan a meghozandó új alkotmánnyal, vagy a jövőbeli alkotmányokkal sem kerül ellentétbe" (98 p.). Ha egymásra vonatkoztatjuk a láthatatlan alkotmánynak - tulajdonképpen az írott alkotmány mögötti "igazi alkotmánynak" - ezt a koncepcióját az előbbi "alkotmányellenes parlamenti alkotmánymódosítás" lehetőségével, akkor tisztábban kiemelkedik mind az előbbi, mind ennek az állításnak az igazi hordereje: ez pedig röviden úgy fogalmazható

meg, mint a többpártrendszert megjelenítő parlament alkotmányozás fölötti rendelkezési jogának átvétele, másrészt pedig a jogrendszer egészének "alapjogi gyámság" alá helyezése.

A későbbiekben az egyik alkotmánybíró, Kilényi Géza explicit módon szembefordult az 57/1991-es AB határozathoz fűzött különvéleményében ezzel a fejlődési vonallal: "Ez idő szerint a világban működő alkotmánybíróságok... közül a Magyar Köztársaság Alkotmánybíróságnak van a legszélesebb körű felhatalmazása és ahhoz kapcsolódó eszköztára az Alkotmány érvényre juttatása terén. Ám még e rendkívül széles törvényi felhatalmazás sem korlátlan, nem annyit jelent, hogy az alkotmánybíróság bármit megtehet, amit az alkotmány érdekében szükségesnek tart." (Magyar Közlöny 1991/123. sz. 2457 p.) Némileg később így folytatja: "Bármilyen tiszteletreméltó indítékból is fakad, elfogadhatatlan az arra való törekvése, hogy bármi áron - az adott esetben hatáskörének korlátaival is figyelmen kívül hagyva - orvoslást kíván nyújtani a jogsérelemre." (2458 p.).

Az aktivista fejlődési vonalat elindító 8/90-es határozat öt bírása közül *Zlinszky János*nál is hasonló distanciálódást lehet találni az 1991-ben hozott abortusz-határozathoz fűzött párhuzamos véleményében: "Ha az indítványozóknak azon álláspontja, hogy a mai társadalmunkban a magzat teljes értékű személyiségének jog általi elismerése indokolt, a törvényhozás egyetértésével találkozunk, ezt pozitív döntéssel alkotmányi szinten megteheti. Értelmezéssel az Alkotmányszövege alapján nem lehet ezt az álláspontot "belopni". (M. K. 1991/139. sz. 2826 p.)

3. A halálbüntetéssel foglalkozó alkotmánybíróági határozatból elemzésünk szempontjából fontos kiemelni *Schmidt Péter* különvéleményét, amely a "parlamentari törvénybarát" alapjogi felfogás tiszta megfogalmazásának tekinthető, és tulajdonképpen az első nyílt szembefordulás volt az alkotmánybíróságunk egyes döntéseiben megmutatkozó aktivizmussal szemben: "Az Alkotmánybíróság hatáskörébe tartozik ugyan az Alkotmány értelmezése, de az egymásnak ellentétes alkotmányi rendelkezések feloldása már az alkotmányozó hatalommal rendelkező Országgyűlés joga és kötelessége. Ezt a jogkört az Alkotmánybíróság nem veheti át." (Az Alkotmánybíróság határozatai 1990. 94. p.).

4. E határozatnál kell említeni *Szabó András* párhuzamos véleményét, aki az ügy kapcsán büntetőjogi dogmatikai fejtegetésekre koncentrált. Egyéni véleményeiből kivehetően, úgy tűnik, hogy közömbösebben viszonyul a parlamenti törvénybarátsághoz, éppúgy mint ahogy kifejezett aktivista fejtegetések se találhatók nála. Jogkonceptcionális álláspontjára - az itteni büntetőjogi dogmatikai fejtegetések mellett - csak szóbeli állásfoglalása ad némi támpontot, amit egy 1991-ben tartott, "Alkotmánybíróságok a demokráciákban" c. nemzetközi konferencián adott, és ahol a "láthatatlan alkotmányt" kommentálva, mint *alapjogi dogmatikát az alkotmány mögött* fogta fel azt. Aktivizmust elutasító párhuzamos véleményt azonban ez még nem produkált nála.

Az 1991.- es AB határozatokhoz érve először a *3/1991-es határozattal* kell kezdeni. Ez a határozat a pártok parlamentbe jutásához szükséges 4%-os küszöb kérdésében döntött, mennyiben sérti ez a választójog egyenlőségét. Nemmel döntött a testület, és így kifejezett anti-aktivistának nevezhető ez a határozat, mert a pozitív diszkrimináció általuk lefektetett szigorú feltételei mellett bizony nagyon is elgondolható lett volna a 4%-os küszöb nélkülözhetősége a parlamentarizmus és a kormány stabilitásában. (Lásd Ausztriát, ahol nagyon stabilan megvannak e szabály nélkül is.) Elfogadhatónak látták a választójog egyenlőségének megsértését ebben az esetben a következő érveléssel: "Ha ugyanis a választási rendszer a legcsekélyebb társadalmi támogatást elért pártokat is mandátumhoz juttatná, akkor ez veszélyeztetné mind a parlament döntéshozatali rendjét, mind pedig a kormányzás stabilitását." (Magyar Közlöny 1991/13 sz. 438 p.). Nem kell összehasonlító alkotmányjogásznak lenni ahhoz, hogy tudni lehessen: számtalan

olyan technika lehetséges, amelyek sok párt esetén is biztosítani tudják - más módon - a döntéshozatal elviselhető szinten tartását. A választójog egyenlőségét komolyan vevő alapjogász tehát mindenféle aktivizmus nélkül is kimondhatta volna a vizsgált 4%-os küszöb alkotmányellenességét. Számunkra tehát ez a döntés, mint a "szelektív aktivizmus" egy példája a fontos, hisz felmerül a kérdés, hogy "egyenlő méltóságú személyként" vették-e figyelembe a parlamentbe be nem kerülő pártra szavazó választó szempontjait?!

Kitekintésképpen érdemesnek látszik itt az eddigi alkotmánybíróági ítélkezésünk e két sarokkövét, az "általános személyiségi jogot" és az "egyenlő méltósághoz való jogot" egy kicsit közelebbről szemügyre venni. Az alkotmánybíróági ítélkezésünk alkalmanként megfigyelhető ingadozását talán e két sarokpont közötti szembenállás is okozhatja. Hogy e két sarokpont egymással szemben áll, azt Ronald Dworkin maga mutatta ki a "Taking Rights Seriously" című könyvének 11. és 12. fejezetében. Dworkin tisztán elutasította az "általános szabadság-jog"-felfogást az egyes, nevesített szabadságjogokon túl, mert az általános szabadságjog nem fér össze az egyenlőségi joggal (Dworkin 1977:262-269). Az "egyenlő méltósághoz való jog" nála épp az "általános szabadságjog" helyett szerepel, amely megalapozza és kijelöli az egyes, nevesített szabadságjogok terjedelmét: "Az én álláspontom az, hogy fel kell adni egy általános szabadságjog feltevését" (262 p.) "Ezenkívül azt javaslom, hogy az egyéni jogokat meghatározott szabadságokra csak akkor lehet elismerni, ha meg lehet mutatni, hogy az "egyenlőként való elbánásra való jog" ezt megkívánja" (269).

Ehhez képest a magyar alkotmánybíróági ítélkezésben a Dworkin által összeegyeztethetetlennek mondott két sarokpont vállvetve van jelen. Alkotmánybíróágunk éppúgy támaszkodik Dworkin "egyenlő méltósághoz való jogára" mint az általa tagadott "általános autonómia jogára". Az előbbihez az érveket Dworkintól, az utóbbihoz a német Szövetségi Alkotmánybíróágtól átvéve. (Dworkin álláspontjának viszonyát a német alkotmánybíráskodás "általános személyiségi jogához" lásd: Bittner: 1988: 68).

Visszatérve az 1991-es magyar alkotmánybíróági határozatokhoz, a *16/1991-es határozattal* kell folytatni az elemzést. Ez a határozat az alkotmánybíróság a róla szóló törvény által lehetővé tett politikai aktivizmus visszafogását célozta. A testület elvi éllel leszögezte, hogy nem kíván élni az alkotmánybíróági törvény adta lehetőséggel, a parlamentben folyó politikai harcok fölötti döntőbírói szerepkörrel. Ez tehát anti-aktivista határozat, de hangsúlyozni kell, hogy ezzel az alkotmánybíróság csak a *politikai aktivizmustól* lépett vissza, és az eddig általunk szem előtt tartott aktivizmust inkább *morális aktivizmusnak* lehet nevezni, amit ez a határozat egyáltalán nem vont vissza.

A *32/1991-es határozatnál* - a lakáscélú kölcsönök kamatának utólagos felemelése kapcsán - több más dolog mellett a jogállamiság és a piacgazdaság alkotmányos elve ill. a PTK 226 § (2) bekezdésének ellentéte merült fel. Ez a PTK rendelkezés az elmúlt társadalmi rendszer államközpontú jellegéhez szabottan lehetővé teszi, hogy állami jogszabály utólagosan megváltoztassa már megkötött szerződések tartalmát. Ennek alkotmányellenességét különösebb aktivizmus nélkül is le lehetett volna vezetni az említett két alkotmányos elvből - mint ahogy egy különvélemény ezt jelezte is (Lásd M.K. 1991/61 sz. 144 p.). Ez a határozat ismét a "szelektív aktivizmus" egyik példájának tűnik, mivel döntő mértékben ideológiai érvek alapján foglal állást a jogállamiságot és a piacgazdaságot nyilvánvalóan sértő rendelkezés mellett. Az állam csökkenő szerepével kapcsolatban rögzíti a határozat: "Ez a folyamat azonban nem eredményezheti az állami beavatkozás lehetőségének teljes megszűnését, hanem csak a nemzetközi standardokra való átállását, azaz a szocialista tervgazdálkodás helyett a liberális modell megfelelő kiépítését." (M.K. 1991/61. sz. 1136 p.). Tényleg van néhány párt vagy ezen belül egyes irányzatok Európában, de ugyanígy Magyarországon is, amelyek így gondolkodnak. De az

alkotmánybíróságot az alkotmány szövege köti, és abban - mint Sólyom László egy másik határozathoz fűzött különvéleményében rámutatott - nálunk ma nem "szociális piacgazdaság", hanem a "szociális" jelző nélkül áll ez az alkotmányban.

*Az 57/1991-es határozat* - a vérségi származás felderítése körüli ügyek kapcsán - a következő fontos állomás az "aktivista" és a "parlamenti törvénybarát" beállítottság szembefordulásában. (Mint jeleztük, eddig a határozatig ezt csak Schmidt Péter tette meg a halálbüntetés alkotmányellenességét kimondó határozathoz fűzött különvéleményében.) Kilényi Géza itt fogalmazta meg markánsan a már részlegesen idézett különvéleményében elfordulását az aktivista pozíciótól. (Schmidt Péter is csatlakozott egy utóiratban e különvéleményhez.)

Ez a határozat - az említett különvéleményen túl - azonban még egy szempontból fontosnak tűnik. *Az alkotmánybíróság ugyanis elvi élel kizárta itt a jogalkalmazói jogértelmezés alkotmányosságának vizsgálatát.* Ez ugyan formailag anti-aktivistának tűnik, de a konkrét esetben épp ez tette lehetővé a vitatott törvényi rendelkezés alkotmányellenessé minősítését. A vitatott rendelkezés ugyanis önmagában nem volt alkotmányellenes, csak a bírósági gyakorlat értelmezésével együtt, és más értelmezéssel így alkotmányos lehetett volna. (A német alkotmánybírósági gyakorlatban erre a dilemmára - a magyarral éppen szembenállóan - az *"alkotmánykonform értelmezés elve"* volt a válasz, és amíg így az alkotmányellenesség kimondás elkerülhető, addig a parlament törvényét alkotmányosnak kell tekinteni. (Lásd ezt az alkotmánybírósági döntést Schwabe gyűjteményében: 1988: 6).

*A 64/1991. határozat az abortusz kérdés kapcsán* szintén fontos állomást jelent az alkotmánybíráink jogkoncepcionális háttérbázisának explicit megjelenésében. Maga a közös határozat formailag "parlamenti törvénybarát", mivel tartózkodott a kérdés tartalmi eldöntésétől, azonban indoklásában hangsúlyosan szerepel az eddig kidolgozott aktivista krédó, az általános személyiségi "anyajog" - az alkotmányban ténylegesen szereplő alapjogokon túl ismét megerősítve. Két egyéni párhuzamos vélemény fontos itt alkotmánybíráink pozíciójának és az aktivista krédóhoz való viszonyának lokalizálásában. *Lábady Tamás* egyéni véleménye csak megerősíteni látszik korábban már lokalizált aktivizmus felé hajló attitűdjét az élethez és a méltósághoz való jog kapcsán, így itt ezt a véleményt inkább a mi szempontunkból csak mint véleményfenntartó jelentőségűt lehet értékelni. *Zlinszky János* párhuzamos véleménye azonban - amelyből már egy fontos részletet idéztem - újdonságot jelent az addig megismert alkotmánybírói beállítódásokhoz képest. Míg Schmidt Péter és Kilényi Géza a parlamenti hatáskör tisztelete oldaláról kontrázta az aktivista pozíciót, addig Zlinszkynek ez a párhuzamos véleménye a *jogrendszer jogdogmatikai rendjét emeli ki korlátnak az alapjogi aktivizmussal szemben.* Nézzük az ezt mutató passzusokat ebből a párhuzamos véleményből: "A 'veleszületett' fogalmat mind a polgári, mind a büntetőjog kategóriái az anyatesttől való elválás és nem az anyatestben való fogantatás mozzanatához kötik. A jogalkotó másképp is dönthet, de az Alkotmánybíróság az érvényes jog szempontjából ettől nem tekinthet el. Ellenkező esetben mind a PTK feltételelessége a magzat jogképessége vonatkozásában, mind a büntetőjog megkülönböztetése a magzatelhajtás és az emberölés között értelmét vesztené, a jogrendszer önellentmondásba kerülne. (M. K. 1991/139. sz. 2826 p.) Egy nem sokkal későbbi bekezdésben az alkotmány egyes helyeit szintén nem egy "alapjogokat szülő anyajog" mellett lecövekelve és onnan széttekintve tartja értelmezhetőnek Zlinszky, hanem csak az egész jogrendszerbe helyezve, az által korlátozva: "Grammatikailag, szó szerinti értelmezéssel az Alkotmány szövegével nem lenne ellentétes a magzatnak az "ember" fogalom alá vonása. Minthogy azonban ez az *addigi magyar jogrendszer felfogását érdemben megváltoztatná*, ehhez határozott, biztos kijelentés kellene. Ennek híján az Alkotmány vonatkozó helyét csak a jogrendszer egészében lehet értelmezni. (uo. - kiemelés tőlem P. B.). Ezután következik a korábban már idézett szembefordulás az aktivista, "értelmezéssel belopással", majd ezek fényében

szintén nem lehet véletlen elszólásnak tekinteni, hogy az alkotmánybírásgot az alkotmány egésze mellett a hatályos jogrendszerhez is köti. Idézem: "Az Alkotmánybírásg tehát az Alkotmány szövegéből és a *hatályos magyar jogrendszer egészéből* arra a következtetésre kell jusson...." (uo. - kiemelés tőlem P.B.).

Mindezek azt mutatják, hogy rövid idő után lényegesen eltérő jogkoncepcionális beállítódásokat lehetett lokalizálni az egyes alkotmánybíráink véleményei és döntései mögött.

Összegezzük röviden az aktivista alapjogi felfogással szembeni kritikánk főbb pontjait: 1. Az aktivizmus túlzottan átviszi a társadalmat érintő alapvető döntések súlyát a parlamentről az alkotmánybírásgra, és ezzel a választásokon és a parlamenten nyugvó *parlamentarizmus alapjait kezdi ki*. 2. Az aktivizmus kedvenc alapjogi formulái a legabsztraktabb alkotmányjogi deklarációk, amelyek mögött nem állnak jogi normatív iránymutatások - legalább a jogászság egyes köreinek konszenzusa által lefedetten. Így az aktivizmus - az alkotmánybíró belső morális bátorságán túl - *semmilyen legitímációval nem rendelkezik*. Az a néha felbukkanó érv a parlament háttérbe szorításánál, hogy "a politika küzdelmei helyett így a jog logikája és a jog kiszámítható érvei lépnek be", tökéletesen alaptalannak mondható. 3. Az *absztrakt alapelvekből való dedukció váltja fel végletesen az aktivizmusnál a pluralista politikai rendszerek kompromisszumos, ad hoc jellegű döntési mechanizmusát, ez pedig lemerevíti a társadalmat*. Egy komplex társadalom ezernyi belső ellentmondásának összeegyeztetésére - és ezzel a társadalom fenntartására - ez a döntési mechanizmus alkalmatlan. 4. Az alapjogi alkotmánybíráskodás létrejötte és megerősödése a nyugati világban is feszültséget okozott a jog hagyományos szerkezetében, a politikai jogalkotás, a jogdogmatikai tevékenység és a bírói jogfejlesztés együttműködésében. *Az aktivizmus ezt a feszültséget veszélyesen továbbfokozza, és "dinamittá teszi" az alapjogokat, amelyek a jogrendszerben is kárt okoznak egy idő után*. 5. Végül pedig a felsorolt problémák elvezethetnek oda a magyar politikai rendszerben, hogy komoly módon felmerülhet a meghatározó politikai erők körében az alkotmánybíráskodás radikális visszametszése, vagy egészen szélsőséges esetben az alkotmánybíráskodás megszüntetése. *Az aktivizmus tehát az alkotmánybíráskodás intézménye vonatkozásában önvészélyes* - nem csak a jogrendszerre és a parlamentarizmusra nézve veszélyes.

### 3. A német alapjogi bíraskodás jogelméleti kérdései

A hazai alkotmánybíráskodás működésének beindulása után nem támaszkodhatott itthoni hagyományokra, és a külföldi példakép választása a németre esett. A német alapjogi bíraskodás elemzése ezentúl is fontos számunkra, hisz Európában az egyik meghatározó orientálódási pont lett az elmúlt évtizedekben ezen a téren. Ebből a szempontból úgy lehetne összegezni a német és a többi európai alkotmánybírásg viszonyát, hogy az úttörő szerepet az alkotmánybíráskodás önállóságának kiépítésében a parlamentekkel és a rendes bíróságokkal szemben általában a német játszotta az elmúlt évtizedekben, és egy sor általa kialakított előrelépést a későbbiekben - több-kevesebb visszafogással - a többiek is átvettek. Az úttörő szerep mellett azonban egy sor olyan aktivista megoldást is kialakított ez az alkotmánybírásg, amely nem talált követésre a többi nyugat-európai hasonló intézménynél. Az előző részben látható volt, hogy a magyar alkotmánybírásg már működése első éveiben is hajlamos volt néhány ilyen aktivista vonás átvételére.

Közelebbről kell ezért megnézni a német alkotmánybíráskodás egészét ahhoz, hogy megérthessük az itt felmerülő problémákat. Először röviden vázoljuk a német alkotmány alapjogi szabályozásának főbb jellemzőit; majd megnézzük azokat a német alkotmánybírói ítéleteket, amelyek sarokkövekként kijelölték az alapjogokkal való bánásmódjuk fontosabb sajátosságait; végül harmadik részben a német és a magyar "ítélkezési sarokköveket" igyekszünk összehasonlítani.

### 3.1. A német alapjogi szabályozás

A német alkotmány alapjogi szabályozás több egyedi vonással rendelkezik a modern alkotmányokban általában bevett megoldásokkal szemben, így ezeket kívánjuk itt elsősorban kiemelni.

1. Első jellemzője e szabályozásnak a *cizellált, kimunkált jelleg*. A legtöbb alkotmányban csak egymás után sorakoztatják rövid deklarációkban az elmúlt kétszáz évben elfogadottá vált emberi jogok kisebb-nagyobb katalógusát. A német ezzel szemben igyekszik pontos tartalmat adni - néhány fontos kivételtől eltekintve - a legtöbb ilyen alapjognak, és mivel eleve a konkrét esetekben való számonkérhetőség igényével emelte be az emberi jogokat az alkotmányba, ezért az esetenként szükséges korlátozásokat is igyekezett rendszerszerűen előre végiggondolni.

2. E cizellált szabályozás szükségessége abból is eredt a német alkotmányban, hogy egy kifejezett rendelkezésben (1. cikk. (2)) *"közvetlenül hatályos jogként"* írta elő az alapjogokat az állami és a bírói szervek felé. Az alapjogok e közvetlenül érvényesülő jellegének rögzítése az alkotmánybírásgot az egész jogrendszer fölé emelte, és a törvényalkotás kontrollálásán túl a bírói hierarchia egészét és a jogalkalmazást is felügyelete alá állította.

3. A közvetlenül érvényesülő alapjogi jellegből fakadt a német alkotmánykészítők óvatossága a gazdasági és szociális jogokkal szemben, és ezeket kihagyták az alkotmányból - azon túl, hogy rögzítették a német állam "szociális" jellegét.

4. Az eddig felsorolt jellemzők az alapjogok cizellált alkotmányos végiggondolását mutatták. Azt lehet mondani, hogy ez a végiggondoltságra törekvés az alapjogi bíráskodás elmúlt száz éve alatt, amerikai alkotmánybíráskodásban már feltárt problémákat igyekezett megoldani a német alkotmányban. Az emberi jogok deklaratív jellege helyett így a kiszámítható bíráskodáshoz szükséges pontosított formulák felé tolta el szövegszerűen az alkotmányos rögzítésüket. E mellett azonban *egy ezzel ellentétes tendencia is megjelent a német alkotmányban*. A totalitáriánus diktatúra és a háború borzalmait után ugyanis a német humanista hagyományok felé való radikális visszafordulás újult erővel emelt ki olyan erkölcsi parancsokat, mint az "emberi méltóság sérthetlensége" vagy az "emberi önkiteljesedés szabadságának elve", és ebben a légkörben ezek az absztrakt formulák belekerültek a hagyományos alapjogok (egyesülési, gyülekezési szabadság etc.) mellé. Vagyis az amerikai alkotmánybíráskodásban már konkretizált alkotmányos alapjogok mellett ezzel egy ezeknél sokkal absztraktabb és normatív iránymutatás szempontjából üresebb alapjogi réteg is bekerült a német alkotmányba.

5. További fontos sajátosság, hogy a német alkotmány egy kifejezett rendelkezéssel megtiltotta az alapjogok és az alkotmányos alapelvek közül az "emberi méltóság sérthetlensége és a "szociális és demokratikus" jelleget rögzítő cikkelyei (az 1. és a 20. cikkely) módosítását. Vagyis e szűk körben létrehozta az "alkotmányellenes alkotmánymódosítás" kimondásának lehetőségét az alkotmánybírásg számára.



### 3.2. A német alapjogi ítélkezés sarokkövei

Az alapjogok a jogrendszer jogos/jogtalan értékelési szempontja háttéréből ismét előtérbe vonják a primerebben etikai értékelés szempontjait. A jogosság helyett/mellett az igazságosságra törekvés így felveti ennek mélyen fekvő dilemmáját a szabadság és egyenlőség viszonyában éppúgy, mint az egyenlőség formális vagy materiális iránya közötti ellentmondásokat. Azokban az országokban, ahol az alapjogi bíraskodás szolidabb módon az egyes alapjogok elkülönült mércéi körül alakult ki, ezek a dilemmák lokalizálódnak az adott alapjogokra. Ám ahol az egyes alapjogokat egy átfogó értékrenddé igyekszik gyúrni az alkotmánybíróság, ott az igazságosság alapkérdése kényszerítően felveti e dilemmák átfogó síkon történő megválaszolását, és a válaszok kihatnak az összes alapjog értelmezésére. Praktikusan ez azt jelenti, hogy az ilyen alkotmánybíróság valahová elhelyezi a hangsúlyt az egyenlőség és a szabadság viszonyában, ill. az egyenlőség formális vagy materiális jellege kérdésében, és az "alapjogi értékrendet" e választásoknak megfelelő irányokban konkretizálja.

A német alkotmánybíróság egyértelműen az *alapjogok összefüggő értékrend jellege mellett tette le a voksát, és a szabadság/egyenlőség dilemmájában a szabadság, az egyenlőség formális/materiális dimenziójában pedig a formális egyenlőség* mellett döntött. Igaz, az utóbbi döntésében az is orientálhatta, hogy az alkotmány szövege az egyenlőségi jog szabályozásánál nem tett olyan kitétel, amely a formális jogegyenlőséget a tartalmi egyenlőség szembevető követelménye kedvéért alapjogi szinten korlátozta volna. (Egy aktivista megoldással persze ennek ellenére beleérthette volna az alkotmányba ezt, pl. a "szociális jogállam" elvére alapozva, mivel ez benne van a német alkotmányban.)

E dilemmák eldöntésére a kiindulópontban két ítélet-csokor megállapításait kell elemeznünk. Az egyik az "általános cselekvési szabadságjog" konstruálására vonatkozik a német alapjogi ítélkezésben, a másik az egyenlőségi jogértelmezését végzi el.

*1. Az általános cselekvési szabadság joga.* A német alkotmányban egy sor konkrétan rögzített szabadságjog szerepel, amelyek különböző oldalról biztosítják az egyén cselekvési és gondolkodási szabadságát. Az alapjogi rész első cikkelyeiben azonban két olyan rendelkezés is található - az említett tisztában etikai elvek - amelyek általánosságukban túlmennek a konkrét szabadságjogokon, noha konkrét normatív eligazítást nem lehet belőlük közvetlenül kiolvasni. Az említett 1. cikkely az "emberi szabadság sérthetlenségét" rögzíti, a 2. cikkely (1) bekezdése pedig a "személyiség szabad kifejtéséhez való jogot" deklarálja. Egy kiszámítható alkotmányos mércék biztonságára törekvő alkotmánybíróság mint deklarációkat hagyta volna "lebegni a horizonton" ezeket a máskülönben fontos elveket, és a nevesített szabadságjogok kapcsán igyekezett volna e követelményeket érvényre juttatni. A német szövetségi alkotmánybíróság azonban 1957-ben az un. "Elfes-ítéletében" (Wilhelm Elfes ügyében) arra a következtetésre jutott, hogy e két cikkelyt összekapcsolva egy "általános cselekvési szabadságjog" (vagy más elnevezésben: általános személyiségi jog) alkotható meg, amely *a nevesített szabadságjogokon túl lehetővé teszi az élet új problémái által felvetett és még nem nevesített szabadságjogok konstruálását.* A német alkotmánybíróság gyakorlatában ez a "további alapjog-kiolvasztás" - noha nagy vitába ütközik minden ilyenfajta ítélete - általában kompromisszumos keretek között ment végbe az eddigiekben. Pl.

a 80-as évek elején az így létrehozott "információs önrendelkezéshez való jog", amely az állampolgárokról a korlátlan adatgyűjtést alkotmányos szintű korlátok közé igyekszik szorítani, a "nyomós közérdek esetén" elismeri az adatgyűjtés alkotmányosságát (BVerfGE 65, 1. in: Schwabe: 1988: 38/a). Fontosabb volt az a hatás, amely az "Elfes-ítélet" nyomán az alkotmánybíróság alkotmányszöveghez kötöttségének oldása felé hatott, és ezzel az alkotmánybíróságot bizonyos fokig az alkotmány fölé tudta emelni. (Egy másik vonatkozásban még visszatérünk a későbbiekben az "Elfes-ítéletre!")

2. *Az egyenlőségi jog értelmezése.* A német alkotmány 3. cikkelye szabályozza az egyenlőségi jogot, és ezt kizárólag a formális jogi egyenlőség szempontjából ismeri el, az ezzel szembevető materiális egyenlőséget nem is említve. Ez a megoldás így már kiindulópontban csökkenti a lehetőséget az alkotmánybíróság számára, hogy az egyenlőség e két iránya közötti játéktérben tovább növelje függetlenségét a parlamenti törvényhozással szemben - hol erre, hol arra az irányra hangsúlyt téve tulajdonképpen szuverén módon eldöntve az egyes törvények alkotmányosságát (lásd ehhez Bragyova 1992). Az alkotmánybíróság két fontos ítéletében már az 1950-60-as években lefektette az egyenlőségi jogot érintő ítélkezésének alapjait.

Az első ilyen sarokkövet jelentette az 1959-es un. "Hebammen-ítélet". Az ítélet apropóját egy törvényi szabályozás szolgáltatta, amely a szülésznők esetében a praktizálást 70 éves kor betöltése után megtiltotta, míg az orvosok vonatkozásában életkorhatárt nem szabott a praktizálás folytatásához. Egy érintett szülésznő az egyenlőségi jog megsértését látta ebben, mivel érvelése szerint az öregedéssel járó képességcsökkenés éppúgy kihat a szülésnél tevékenykedő orvosokra, mint a szülésznőkre. Az alkotmányos panaszt végül is elutasította az alkotmánybíróság, és érvelésében az orvosi praxis és a szülésznők tevékenységének tág értelemben vett szerveződése közötti különbségekre utalt, amelyek megalapozzák a különböző és egyenlőtlen szabályozás lehetőségét. Nevezetesen az orvosi praxis többévszázados szabadfoglalkozásként való fejlődésére hivatkozott, amely az egyes orvos kontrollját absztrakt módon biztosítja, és az egyéni rizikó vállalását hagyományosan az orvosra bízta, ezzel szemben a szülésznői tevékenység - mint iparűzés - mindig is jobban kontrollált volt, és nem az egyéni rizikóvállalás jellemezte.

Az ítélet maradandó magja annak kimondásában állt, hogy *az alkotmánybíróság nem vindikálja magának a materiális igazság alapján való döntést és ennek vizsgálatát, csak azt a feltételt állította az egyenlő szabályozástól eltérés elé, hogy valamilyen meglévő különbségnek a vitatott helyzetek között meg kell alapoznia a különböző szabályozást.* Ha ez a helyzet, akkor az egyenlőségi jog alapján nem vitatható a szabályozás alkotmányossága. (Bizonyos fokig az angol precedensjog "distinguishing" módszere ez, amely akkor teszi lehetővé a bíró számára a korábbi precedenstől eltérést, ha ehhez képest valamilyen különbséget mint relevánsat fel tud mutatni.)

A "Hebammen-ítélet" után egy tíz évvel későbbi - egy adótörvény alkotmányosságára vonatkozó - ítélet tovább pontosította az egyenlőségi jog értelmezését. Az anti-aktivista beállítottság itt még tisztábban megjelenik a szövegben: "Az adózás feltárásában a törvényhozónak messzemenő alakítási szabadsága van. Ez ott végződik, ahol a szabályozott tényállásnak egyenlő vagy egyenlőtlen kezelése nem egyeztethető össze egy igazságossági gondolaton nyugvó szemléletmóddal, ahol tehát hiányzik egy megvilágító indok az egyenlőtlenként kezeléshez. Csak a törvényhozói szabadság e legkülső határainak betartása ("az önkény tilalma") az, amelyet a Szövetségi Alkotmánybíróság vizsgál, és nem azt, hogy e törvényhozó az egyes esetben mindenkor a legcélszerűbb, legésszerűbb és legigazságosabb megoldást találta-e meg." (BVerfGE 26,302 in: Schwabe 1988: 65)

*Összefoglalva a német alkotmánybíráskodás egyenlőség-felfogását:* a formális egyenlőség mércéje a kiindulópont az alkotmánybíróági vizsgálatban; ám az ettől

való eltéréshez a törvényhozónak nagy szabadsága van; egy külső korlát áll csak fenn az eltéréshez - és ebben áll tulajdonképpen az egyenlőségi jog tartalma a németeknél - vagyis az, hogy *az egyenlőtlen szabályozás mögött valamilyen reális különbségnek kell lenni*.

Ez a felfogás tehát alapvetően a törvényhozóra bízta az életbeli különbségek beemelését vagy ettől eltekintését a jogszabályok alkotásánál, és így *az igazságosság esetenkénti optimumának meghatározását*.

3. *Eseti jogalkalmazás és alapjogok*. Az alapjogi bíráskodás nagy dilemmája, hogy az alapjogok hatását csak a jogalkotó felé mondja-e ki - vagyis a jogalkotói szabadságot az alapjogok megadta keretre szűkíti -, vagy ezen túl még a bírói tevékenység felé is elismeri az alapjogok hatását, és ekkor ezek mérlegelési lehetőségét a jogértelmezés közben az alapjogok iránymutatásaihoz köti (Stern 1988: 1511-25). Röviden azt lehet mondani, hogy az utóbbi esetben az *alkotmánykonform jogértelmezést teszik kötelezővé a bírák felé*, és a jogszabályok lehetséges értelmezései közül ki kell rekeszteniük az alapjogok valamelyikével szembenállókat.

A német Szövetségi Alkotmánybíróság már működése első éveiben kimondta a kontrollt a bírák felett, és az "alkotmánykonform jogértelmezést" tette kötelezővé feléjük, majd ezt több ítéletében pontosította. Három fontosabb követelményt lehet e körben kiemelni. 1. Amíg egy törvényi rendelkezésnek adható olyan értelmezés, amely lehetővé teszi az adott törvényhely alkotmányosságának megállapítását, addig nem lehet kimondani annak alkotmányellenességét. (Az "alkotmánykonform értelmezés" kötelezettségének ez a "parlamentari törvénybarát" aspektusa.) 2. Ha azonban a törvényszöveg és a kivehető törvényalkotói célok tisztán megadják az adott törvény értelmét, akkor ellentétes értelemet adni a törvénynek "alkotmánykonform értelmezés" címen nem lehet. (BVerGE 8,28 in: Schwabe 1988: 5). 3. Ha a lehetséges törvényi értelmezések valamelyikére az alkotmánybíróság alkotmányellenességet állapított meg, akkor ilyen értelmezést többé egy bíróság sem adhat az adott törvényhelynek. (id. mű. 7 p.).

Ezzel a beállítottsággal a *német alkotmánybíróság a jog belseje felé tolta el működését, és erőteljesebben vette kontroll alá a jog mikrofolyamatait*, ill. az ezt kezelő bíróságokat - ide értve a legfelső szintű bíróságokat is. Ennek révén mint "szuper-legfelső bíróság" is tekinthető a német Szövetségi Alkotmánybíróság, és ennek lecsapódása, hogy ha vita merül fel egy ügy végső eldöntését illetően, akkor az alkotmánybíróság ítélete a mérvadó és kötelező a másokra nézve. Az alkotmánykonform értelmezésre kötelezés másik oldala a már jelzett "parlamentari törvénybarátság". A parlamentáris politikai rendszerek középpontjában a periodikus választásokon létrejövő törvényhozó testület áll, és az alkotmánybíróságok nem rendelkeznek olyan legitimitással, amely konkurenciát tehetné őket a parlamenttel szemben. A parlamentarizmus logikájával tehát összhangban áll ez a megoldás.

4. *Az alapjogok "horizontális hatása"*. Az emberi jogok - majd alkotmányba foglalásuk után: alkotmányos alapjogok - eredetileg az egyén és a közösséget reprezentáló állam közötti viszonyban fogalmazódtak meg, és védték az egyént az állam bizonyos megnyilvánulásaival szemben. Az alapjogi katalógus bővülése - a hagyományos politikai szabadságjogokon túl - és az alapjogok közvetlenül érvényesülő jellegének kimondása vetette fel már korán a német alkotmánybíráskodási gyakorlatban az alapjogok magánfelek jogi viszonyaira kihatásának kérdését. *Hogyan áll a helyzet, ha a magánfelek közötti szerződéses viszonyok megfelelnek a polgári jog, a munkajog stb. szabályainak, de esetleg sértik az alkotmányos alapjogok valamelyikét?* Kérheti-e az egyik fél a perben, hogy a bíró ne csak a polgári törvénykönyv vonatkozó rendelkezését vegye figyelembe ítélete kialakításakor, hanem az esetleg más eredményre vezető alapjogokat is?

Többéves tudományos vita és eltérő felsőbbbíróági ítélkezés után a német Szövetségi Alkotmánybíróság az un. "Lüth-ügy" kapcsán fektette le elvi éllal 1958-ban erre vonatkozó álláspontját. Egy lehetséges álláspont lett volna az alapjogok közvetlen hatásának elismerése a magánfelek szerződéses viszonyaiban is, amelyet a Szövetségi Munkaügyi Bíróság röviddel azelőtt egy ítéletében el is fogadott. Hosszabb távon ennek beláthatatlan hatása lett volna, hisz a jog egész hagyományos szerkezetét, amely a jogdogmatika által rendszerezett és kiszámítható szabályokon nyugszik, a szabálpontosságot nélkülöző és sok esetben ad hoc igazságossági elképzelésekkel terhes alapjogi ítélkezés alá rendelte volna. Ezzel polárisan szembenálló megoldást jelent, ha a magánfelek viszonyában az egyszerű joganyagot nem engedik meg alapjogokra hivatkozva felülbírálni. (Pl. a német kezdeményezések elemzése után az osztrákok döntöttek így.) A Lüth-ügyben a német Szövetségi Alkotmánybíróság egy köztes megoldást fogadott el, és *a magánfelek szerződéses viszonyaira az alapjogok közvetlen kihatását nem ismerve el*, a vonatkozó egyszerű joganyag (polgári jog, munkajog stb.) szabályainak primátusát mondta ki. *A bírónak azonban e szabályok értelmezésénél köteles figyelembe venni az esetleg releváns alapjogok iránymutatásait, és azok fényében értelmezve a szabályt köteles dönten.* Ennek további következménye, hogy a perveztes fél most már azzal az indokkal is megtámadhatja az ilyen ítéletet az alkotmánybíróság előtt, hogy az értelmezésben az alapjogok figyelembevételének hiányaira hivatkozik. "A bírónak az alkotmány parancsánál fogva vizsgálni kell, hogy az általa alkalmazásra kerülő anyagi polgári előírások...az alapjogok szempontjából érintve vannak-e; ha igen, akkor ezen előírások alkalmazásánál és értelmezésénél figyelemmel kell lenni a magánjogi szabályok ezáltal létrejövő módosulásaira. Ebben állapítható meg a polgári ügyekben eljáró bíró kötöttsége az alapjogokra." (BVerfGE 7,198 in: Schwabe 1988: 99).

5. *Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás kérdése.* A német alkotmány a 79. cikkely (3) bekezdésében egy szűk keretben rögzítette az alkotmánymódosítással nem érinthető cikkelyeket. Az alapjogok szempontjából az 1. cikkely (az emberi méltóság sérthetetlenségének parancsa, ill. az alapjogok közvetlenül hatályos jellegének kimondása) és a 20. cikkely (a német állam szociális és demokratikus jellegének cikkelye) kiemelése történt meg ezzel az alkotmánymódosítás lehetősége alól. Csak a teljesség kedvéért kell megjegyezni, hogy mivel magának a 79. cikkelynek a módosíthatatlanságát nem vette be az előbbiek mellé ez a rendelkezés, így végül is kettős lépcsőben módosítható állapotban maradt alkotmánytechnikailag az említett két cikkely tartalma is. Teljes "lefagyasztás" akkor állna elő joglogikailag, ha a 79. cikkely önmaga módosíthatatlanságát is kimondta volna. Ekkor valóban csak egy forradalom módosíthat egy ilyen rendelkezésen.

A német Szövetségi Alkotmánybíróság a már elemzett 1957-es "Elfes - ítélet" második részében szögezte ezzel kapcsolatos álláspontját. (Mint jeleztük, az ítélet első része alkotta meg az "általános cselekvési szabadság jogát"). Röviden összefoglalva azt lehet mondani az "alkotmányellenes alkotmánymódosítás" kérdéséről álláspontjáról, hogy megismételve a 79. cikkely már idézett szövegét - az 1. és 20. cikkely kiemelését az alkotmánymódosítás lehetősége alól - úgy értelmezi ezeket, mint az *alkotmány értékrendjének legfelső elveit, majd kitágítva felhatalmazását az egész alkotmányos értékrend és a nem írott alkotmányos alapelvek fényében is kimondja az alkotmánymódosítások kontrollját.* "Az alkotmányos értékrend legfelső elvei ( 1., 20., cikkelyek a 79. cikkely (3) bekezdése alapján) védve vannak az alkotmánymódosítással szemben. Az alkotmány áthágásának lehetősége ki van zárva; az Alkotmánybíróság örökös a törvényhozó alkotmányos mércékhez való kötöttségének betartása fölött. A törvények azáltal még nem 'alkotmányosak, hogy formálisan megfelelően fogadták el őket (ti. alkotmánymódosításhoz szükséges többséggel - P. B.). Ezeknek még összhangban kell állniuk a szabad demokratikus alaprend legfelső alapértékeivel,

amelyek az alkotmányos értékrendet jelentik, de a nem írott, demokratikus alkotmányos alapelvekkel is. Nevezetesen a jogállamiság és a szociális állam elveivel." (BVerfGE 6,32 in: Schwabe 1988: 32).

E tárgítás következménye, hogy - az alkotmány eredeti előírásán túl - az alkotmánybíróság egy tételesen nem tisztázott bázison - az 'alapjogi értékrenden' és a nem írott alkotmányos elveken - az alkotmány fölött jóval nagyobb rendelkezést kapott, mint azt az alkotmány készítői szándékozták. A teljesség kedvéért persze meg kell jegyezni, hogy bár potenciálisan problémát jelent ez a helyzet, de a néhány aktivista ítéleten túl az elmúlt évtizedekben az ítéletek jóval nagyobb részében a parlamenti törvényhozói szuverenitás, ill. a jogrendszer kiszámítható állapotban tartására való törekvés figyelhető meg a német alkotmánybíráskodásban. Veszélyessé ezek a konstrukciók csak az olyan alkotmánybíróság kezében válnak, amely ezeket az aktivista megoldásokat e csillapító aspektusok - "parlamenti törvénybarátság", ill. a kiszámítható jogszolgáltatásra törekvés - nélkül veszi át. Ebből a szempontból kell a továbbiakban összehasonlítani a német és a magyar alapjogi bíráskodás jellemzőit.

### 3. 3. Eltérések és azonosságok

A magyar és a német alkotmánybíráskodás szervezeti és hatásköri eltéréseire, ill. ezeknek ítélkezésükre való hatására itt külön nem térünk ki, csak az előbb jelzett, döntő fontosságú német alapjogi ítéletek vonatkozásában nézzük meg az eltéréseket és az azonosságokat. A felsorolt öt alapprobléma közül az eddigiekben egy még nem jelentkezett az alkotmánybíróság előtt (ti. a "horizontális hatás" kérdése), egy további probléma pedig (az alkotmányellenes alkotmánymódosítás kérdése) csak közvetve és csak különvéleményekben érintve kapott hangot. A többi három esetben azonban elvi éllel megfogalmazott álláspontot találhatunk.

Mielőtt a magyar alkotmánybírási ítélkezés eddigi sarokköveit jelentő döntéseit közelebbről szemügyre vennénk, néhány általános megjegyzést kell tenni alapjogi ítélkezésének egészét jellemző átfogó sajátosságairól. Mint láttuk, a német alkotmánybíráskodás esetén három dolog összefüggése volt fontos: 1. Az egyes alapjogok fölött *egy átfogó alapjogi értékrendet igyekezett megkonstruálni* ez az alkotmánybíróság, és e megoldást alapul véve nem korlátozza az egyes törvények alkotmányhoz viszonyításakor az összemérést az egyes alapjogokra. Ebből fakad továbbá, hogy így az egyes alapjogokat a mögöttes "alapjogi értékrend" prizmáján keresztül szemlélve igyekszik értelmezni. 2. Másik sajátosság, hogy a német alkotmánybíráskodás a szabadság és az egyenlőség viszonyában a *szabadság* mellett tette le a voksát az "alapjogi értékrend" legfelső pontja meghatározásakor. 3. További sajátosság, hogy az egyenlőségi jog formális és materiális iránya közül egyértelműen a *formális egyenlőség mércéje mellett* döntött.

Ehhez képest a magyar alkotmánybíróság általános beállítottságát a következőkben lehet összefoglalni:

1. Már ítélkezésük első hónapjaiban átvették alkotmánybíráink a németektől az egyes alapjogokat "alapjogi értékrenddé" összeolvasztó kiindulópontot. Ez különösen tisztán látható a 23/1990-es határozatukból - a halálbüntetés alkotmányosságát vizsgáló határozatból - ill. az ezt a határozatot körülvevő párhuzamos véleményekből. A közös határozat vonatkozó része: "Az emberi élet és az emberi méltóság elválaszthatatlan egységet alkot, és minden mást megelőző legnagyobb érték. Az emberi élethez és méltósághoz való jog ugyancsak egységet alkotó olyan oszthatatlan és korlátozhatatlan alapjog, amely számos egyéb

alapjognak is forrása és feltétele." (23/1990. (X. 31) AB határozat 2. pontja). Lábady és Tersztyánszky alkotmánybírók párhuzamos véleményében ez úgy jelentkezik, hogy az államot eltiltják az "Alkotmányban védett értéke önkényes átrendezésétől". Végül Sólyom László párhuzamos véleményében a "láthatatlan alkotmány" fogalma adja vissza ezt az alapjogi értékrendet. (Lásd Alkotmánybírósági Hat. 1990: 96-99.).

2. Az "alapjogi értékrend" elfogadása után a szabadság és az egyenlőség dilemmájának feloldása terén a magyar alkotmánybíróság egyedülálló utat választott az alkotmánybíráskodás eddigi történetét tekintve. Ugyanis átvette - és tovább radikalizálta - az *általános cselekvési szabadság koncepcióját a német gyakorlatból*, de párhuzamosan ezzel átvette az amerikai alkotmánybíráskodás kezdeményezéseit morálfilozófiai szintre emelő Ronald Dworkin *"egyenlő méltósághoz való jogra" vonatkozó álláspontját is*. Miközben Dworkin maga kimutatta, hogy az "általános cselekvési szabadságjog" feltevése összeegyeztethetetlen az egyenlő méltósághoz való jogra vonatkozó elképzeléseivel. (Lásd Dworkin 1977: 271-279; ill. ennek további tárgyalását Bittner 1899). A magyar alkotmánybíróság így két sarokkövet is igénybevett az alkotmány konkrét rendelkezései értelmezésénél, amely ilyen formában még nem jött össze egyetlen alkotmánybíróság gyakorlatában sem. Ugyanis az amerikai alkotmánybírósági gyakorlatban csak speciális szabadságjogokat ismernek el, és a Dworkin számára alapot adó "egyenlő méltósághoz való jog" is csak úgy jelent meg itt egy bizonyos időszakban, mint a pozitív diszkrimináció alkotmányosságának elismerése. (Az amerikai Legfelső Bíróság "Warren Court"- szakaszának nevezett időszakban 1953-69 között.) A német alkotmánybíróság - mint láttuk - a szabadság általánosítása mellett nem élt az egyenlőségi jog kiáltalánosításának megoldásával, de még e "fél-aktivista" álláspont is csak korlátok között talált utat magának a többi nyugati ország alkotmánybírósági gyakorlatában. A magyar alkotmánybíróság ezzel szemben már működése első hónapjaiban a "csúcsról indított", és a különböző helyeken fellelhető aktivista megoldásokat nem vonakodott átvenni.

3. A további alaplöntést az egyenlőség formális és materiális iránya között már jeleztük az előbbieken. A magyar alkotmányszöveg deklarálja mind a formális egyenlőségi jogot, mind az ezzel szembe futó materiális egyenlőségi jog megvalósításának igényét. E játéktérben az alkotmánybíróság a 9/1990-es határozatával úgy döntött, hogy középpontba a materiális egyenlőségre törekvést állítja.

Ezek voltak tehát a magyar alkotmánybíráskodás egészét jellemző általános sajátosságok, és most vegyük szemügyre fontosabb alapjogi ítéleteinek eltéréseit a már ismertetett német megoldásoktól.

*Az általános cselekvési szabadság joga.* Ezt a jogot a német alkotmánybíróság alkalmanként "általános személyiségi jognak" is nevezi, és ebben az elnevezésben vette át a magyar alkotmánybíróság a 8/1990-es határozatában. Persze az elnevezésben és magának az "általános szabadságjognak" a megindokolásában is ingadozások figyelhetők meg a magyar alkotmánybírósági ítélezésben. A különvélemények tanúsága szerint az átvétel "szellemi atyja" Sólyom László alkotmánybíró, és alkalmanként magát az emberi méltósághoz való jogot tekinti "anyajognak". (Lásd a halálbüntetéssel foglalkozó határozatukhoz fűzött egyéni véleményét.) Nagy különbség van azonban ezen "anyajog" német, ill. magyar indokolása között. A német alkotmánybíráskodás tulajdonképpen nem az emberi méltóságból vezette le ezt a "anyajogot", hanem a "személyiség szabad önkifejlesztéséhez való" jogból, és csak további erősítésként vonta még ehhez az emberi méltósághoz való jogot. A magyar alkotmányban azonban a "szabad önkifejlesztéshez való jog" nem szerepel, és a mi alkotmánybíróságunk nem is igyekezett a magyar alkotmány alapjogi rendelkezéseit összevetni, és valahogy ezekre alapozni e nagy jelentőségű döntését az "anyajog" megkonstruálásáról. E

helyett egy általános utalással a "modern alkotmánybíráskodási gyakorlatra" mutatott, és mint evidenciát tételezte fel ezt az általános szabadságjogot. Ezentúl is eltér a némettől a miénk gyakorlata annyiban is, hogy a magyar olyan nyíltan hangsúlyozza az anyajog "még nem nevesített további alapjogokat szülő természetét", amennyire a német sohasem tette. A gyakorlatban - többéves szünetekkel - ilyen "további alapjog-kiolvasztások" megtörténtek a németeknél is, de ezek inkább csak fokozatos előrelépések voltak, és nem egy elvi szintű alap utólagos nyílt megvalósításai. Ilyen elvi alap ugyanis nem adható meg, és a fejlett német alkotmányjogi és jogelméleti szakmai körök felzúdulásai így is sokhónapos utólagos indokolási meneteket rónak a német alkotmánybírákra egy-egy ilyen döntésük után a szakmai folyóiratokban, és különböző aspektusokban pontosításokat, az átfogó jogszerkezethez közelítéseket követel meg ez a "további alapjog-kiolvasztási" tevékenység. A magyar jogtudományban ezzel szemben az autentikus alkotmányjogi és jogelméleti viták és köreik gyakorlatilag megsemmisültek az állampárti évtizedekben, és a kezdődő újjáéledés még komoly kontrollt nem jelent az alkotmánybírásg főlött.

Összegezve tehát két szempontból is radikálisabb a magyar alkotmánybíráskodás "általános anyajog"-felfogása, mint a németé. Egyrészt a magyar alkotmányban szövegszerűen kevésbé megalapozott ez az út, ezért egy fiktív "modern alkotmánybíráskodási gyakorlatra" utalás igazolja csak ezt. Másrészt radikálisabban fogalmazta meg a magyar ezt az anyajogot a további alapjog-kiolvasztások kilátásba helyezésének nyílt deklarálásával.

*Az egyenlőségi jog kérdése.* Az általános jellemzésnél erre már részletesebben kitértünk, így itt csak jelezni kell ismét, hogy az egyenlőségi jog két iránya közötti játékeret igénybe vette a magyar alkotmánybírásg, szemben a némettel. Míg a német a formális egyenlőségi jogot vette mércéjéül, és az ettől való eltérést a törvényhozásra bízva csak egy külső keretet húzott meg az alkotmányossághoz, addig a magyar alkotmánybírásg alapvetően a materiális egyenlőséget vette központi mércéjeként, és a formális egyenlőségből csak annyit tartott meg, hogy a pozitív diszkriminációval - vagyis a materiális egyenlőségre törekvő szabályozással - hátrányosan érintettek szempontjai is szemügyre legyenek véve a szabályozás kialakítása folyamán. (L. 9/1990 ill. 21/1990-es AB határozatokat). Azt lehet mondani, hogy ezzel az egyenlőségi jog formális egyenlőségi oldala "eljárás jogosultsággá" válik, és dokumentálva kell lenni, hogy az egyenlőtlen szabályozás kialakításakor megvizsgálták a hátrányba kerültek szempontjait is. *Figyelembe azonban nem kell venni*, és így mindig ad hoc módon tudja eldönteni a megtámadott törvényhelyek alkotmányosságát az alkotmánybírásg. Más szóval ezzel a formulával úgy tűnik, hogy erősebben kontroll alá fogta a mi alkotmánybírásgunk a parlamenti törvényhozást, mint a német, amely eltekint az egyes esetek ilyen részletes vizsgálatától, és a törvényhozásra bízva a formális és a materiális egyenlőség közötti választás esetenkénti eldöntését. A magyar alkotmánybíráskodás e sarokköve így ismét aktivistábbnak bizonyult, mint az a német esetében volt látható.

Teljesebben meg tudjuk érteni a magyar alapjogi alkotmánybíráskodás aktivista jellegét az egyenlőségi jog alkalmazása kapcsán, ha a pozitív diszkrimináció és az "egyenlő méltóságú személyként kezelés" fogalmait is elemzés alá vesszük, amelyet a magyar alkotmánybírásg az *amerikai* alkotmánybíráskodási gyakorlatból vett át a 9/1990 ill. a 21/1990-es határozataiban. Érdekesnek tűnik megnézni az átvétel után létrejött különbségeket, amelyeket már kiindulópontban úgy összegezhethetünk, hogy a magyar alkotmánybírásg nagy mértékben szélesebb hatókörre alkalmazta ezeket a fogalmakat a törvényhozás kontrolljánál, mint az az eredeti amerikai verzióban felmerült.

A magyar alkotmánybíráskodási gyakorlatban az "egyenlő méltóságú személyként kezelés" vizsgálata - mint az előbb már jeleztük - tartalmilag azt jelenti, hogy az

adott törvény létrehozási folyamatát abból a szempontból vizsgálja meg az alkotmánybíróság, hogy megtudtak-e jelenni a hátrányt szenvedett rétegek szempontjai az adott törvény alkotási folyamatában. (Lásd különösen a 21/1990-es AB határozatot.)

Az amerikai alkotmánybíráskodásban a törvényhozás fölötti kontrollnak ez a formája sokkal szűkebb keretben jött létre. Az első ezt megalapozó ítéletet 1938-ban mondták ki, és a lényege az volt, hogy amennyiben valamilyen előítéllettel sújtott társadalmi kisebbség van érintve egy megkülönböztetés által, akkor kell gyanúval élnie az alkotmánybíróságnak, és meg kell vizsgálnia, hogy az előítéllettel érintett kisebbség szempontjai meg tudtak-e jelenni a törvény kialakítási folyamatában. Eleinte a feketék érintettsége esetén vizsgálták ezt, majd később a többi ilyen kisebbség is bekerült ebbe a körbe, és így tágult a törvényhozás megkülönböztetéseinek alkotmányossága fölötti kontroll.

A magyar alkotmánybíróság már minden korlátozás nélkül deklarálta kontrollját a parlamenti törvényhozás fölött az "egyenlő méltóságú személyként kezelés" szempontjából, és nem kötötte ezt a formulát az olyan esetekhez, amikor előítéllettel sújtott társadalmi csoportok, kisebbségek válnak érintetté. (Pl. a 21/1990-es határozattal, amely pontosította ezt a formulát, a különböző tulajdontárgyak és tulajdonosok között merült ez fel.)

Hasonlóképpen ehhez a tágításhoz, a pozitív diszkrimináció fogalmát is tágabban vette át a magyar alkotmánybírási gyakorlat, mint az az eredeti amerikai gyakorlatban kialakult. Az amerikai alkotmány és az ezen nyugvó alkotmánybíráskodás a formális egyenlőség talaján áll, és az 50-es évektől a pozitív diszkriminációt a társadalmi (materiális) egyenlőség növelése céljából kezdték elismerni a társadalmilag hátrányos helyzetben lévő csoportok vonatkozásában. Ezen belül is elsősorban az egyetemi felvételnél a feketék segítésére vonatkozott ez a problémakör, és alacsonyabb teljesítmény esetén is lehetővé tették egy kontingens biztosításával a feketék számára a jobb egyetemekre bejutást. Ez pozitív irányban egyenlőtlenséget jelent számukra, és ugyanazon pontszám esetén fehér diák még nem kerülhet be az ilyen egyetemekre. Amikor emiatt néhány fel nem vett fehér diák alkotmányellenességre hivatkozva megtámadta az ilyen egyetemi felvételi szabályzatot, a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság néhány döntésében alkotmányosnak ismerte el a pozitív diszkrimináció lehetőségét. (Részletesen lásd ehhez: Dworkin 1986: 293-334.)

A magyar alkotmánybírák azzal a döntésükkel, hogy az alkotmány adta játéktérben a materiális egyenlőség talajára állt, az amerikaihoz képest sokkal szélesebb körben fogadták el a pozitív diszkrimináció alkalmazásának lehetőségét. Tulajdonképpen bármely megkülönböztetésnél elfogadható így a pozitív diszkrimináció, ha másik oldaláról az "egyenlő méltóságú személyként kezelés" dokumentálható az adott törvény alkotási folyamatában. A törvényhozás alkotmánybírási kontrollja azonban így óriási mértékben megnövekedett ahhoz képest, amit a pozitív diszkrimináció formulája az amerikai alkotmánybíráskodásban lehetővé tett.

Összefoglalva tehát: a főszabályként materiális egyenlőség deklarálása - szemben a némettel és az amerikaival - továbbá az ezt pontosító "pozitív diszkrimináció" és az "egyenlő méltóságú személyként kezelés" formulái a magyar alkotmánybíróságnak összehasonlíthatatlanul nagyobb terjedelmű kontrollt biztosítanak a törvényhozás fölött, mint az az amerikai modellben létrejött a vizsgált két formulával. Kétséges azonban, hogy az alkotmánybíróság a parlamentnél alkalmasabb-e annak eldöntésére, hogy egy-egy ilyen törvény által eszközölt egyenlőtlenség-tevések a materiális egyenlőséget milyen fokban szolgálják.

*Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás kérdése.* A magyar alkotmány ilyen lehetőséget egyáltalán nem ad, szemben az említett német szűk körű lehetőséggel.



A magyar alkotmánybíróság németet meghaladó aktivizmusa azonban kérdésként veti ezt fel nálunk is. Végül is, ahogy az "alapjogokat szülő anyajog" konstrukcióját át tudták hozni, ugyanilyen laza indoklással e kérdésben is találhatnak a magyar alkotmányban egy szöveghelyet, amelyből kiolvashatják ennek lehetőségét.

Közös határozatban még nem találkozhattunk ilyen előzetéssel, de a 23/1990-es határozat már idézett két párhuzamos véleménye - Sólyom Lászlóé és a Lábady/Tersztyánszky szerzőpárosé - bizonyos pontokban már tartalmazza ennek elvi alapjait. Az utóbbi esetben a már idézett tilalom az állam felé " az alkotmányban védett értékek önkényes átrendezése" terén jelzi ezt, Sólyom Lászlónál pedig annak kimondása, hogy a parlament alkotmányossági kérdésekben képviselt álláspontjával szemben az alkotmánybíróságnak juttatja a végső döntő szót. "A Parlament tetszése szerint fenntarthatja, eltörölheti vagy visszaállíthatja a halálbüntetést - amíg e büntetés alkotmányosságáról az Alkotmánybíróság ki nem mondja a végső szót." (Az Alkotmánybíróság határozatai 1990, 97.). Ezentúl is azt lehet mondani, hogy egy - az alkotmányszöveggel csak laza kapcsolatban álló - "alapjogi értékrend" feltevése eleve magában rejtje az "alkotmányellenes alkotmánymódosítás" lehetőségének általános kimondását. (Csak a kitekintés kedvéért kell mindezekhez hozzátenni, hogy 1992-ben egy tudományos ülésen mind Sólyom, mind Lábady alkotmánybírák - e kérdés explicit felmerülése kapcsán - szóban elhatárolták magukat az "alkotmányellenes alkotmánymódosítás" kimondásának lehetőségétől.)

*Eseti jogalkalmazás és alapjogok.* E kérdésben elvi éllel kimondott döntést találhatunk az 57/1991-es AB határozatban, amellyel kizárja magát az alkotmánybíróság a jogalkalmazásban felmerülő jogértelmezés közvetlen kontrolljából. Ez két irányban jelent eltérést a német alkotmánybírósági gyakorlattól. Egyrészt kevésbé "parlamentari törvénybarát" ez a megoldás, mert nem kívánja elkerülni a törvények alkotmányellenessé minősítését, amíg esetleg lehetőség lenne alkotmányos értelmezést adni egy törvényhelynek. Másrészt eltérés a német gyakorlattól, hogy elismeri a Legfelső Bíróság monopolhelyzetét a bírói jogértelmezés irányításában. Ezzel függ össze továbbá, hogy így az alapjogi bíráskodás nem hatolt be eddig a jog mikrofolyamataiba. A bírák ugyanis nem értelmezhetik - a Legfelső Bíróság esetleges döntéseivel szemben - az alapjogok fényében a vonatkozó joganyagot, amennyiben ennek ütközés lenne az eredménye. A bíró csak az eljárást függesztheti fel ilyen esetben és az alapul fekvő törvény megsemmisítését kérheti. az alkotmánybíróságnál.

#### **4.Törekvések a jogalkalmazás "alkotmányjogiasítására"**

A modern társadalmak bonyolult viszonyait a jog csak több belső rétegre elkülönülve tudja megfelelően szabályozni. A felszínen megjelenő szövegréteg alatt az egyes jogágak fogalmi kategóriarendszere adja a jog dogmatikai rétegét, és e mellett a bírói eseti jog - a törvények és rendeletek nyitott szóhasználatát pontosító felsőbbbírósági precedensek, bírói gyakorlatok - jelentik a jog harmadik rétegét. E három jogréteg viszonyai, egymás közötti arányai az egyes jogrendszerekben változóak, de valamilyen fokban mindhárom jelen van az utóbbi évszázadok jogrendszereiben. Új fejleményt jelentett az alkotmánybíráskodás megjelenése, amely a XIX. századi amerikai kezdetek után az 1940-es évek végétől indulóan terjedt el több európai országban, és az 1989-es demokratizálási hullám során a legtöbb közép-kelet-európai országban is bevette a rangját. A dogmatikailag összezsírozott és bírói eseti joggal pontosított hagyományos jogszolgáltatáshoz képest ez az új jogréteg - amely eredetileg mint ideológiai-politikai követelmények

gyűjteménye jelent meg a működő jogrendszereken kívül az emberi jogok alakjában - nagy mértékben eltérő tulajdonságokkal rendelkeznek. Az egyik ilyen eltérést jelenti, hogy az alkotmányos alapjogok és alapelvek normatív tartalma jóval absztraktabb, mint a hagyományos jogterületek szabályai. A másik eltérést az adja, hogy az egyes alapjogok a legtöbbször kibékíthetetlen feszültségben állnak egymással, és egyiket sokszor csak a másik alapjog vagy alapelv rovására lehet érvényesíteni. E jellegzetességek nem jelentettek problémát addig, amíg - az emberi jogokat szembeszegezve a valóságos állapotokkal - ideális követelményekként a fennálló állapotok megváltoztatásáért kellett velük harcolni. Ám eseti alkalmazásra használt alkotmányos alapjogokként a legnagyobb jogbizonytalansághoz vezetnek sokszor az ezekre alapított bírói döntések.

#### **4.1. Az alkotmányjogiasítás három dimenziója**

Az alkotmányos alapjogok rétegének ez a problémája még akkor sem volt súlyos a kiszámítható jogszolgáltatás vonatkozásában, amíg hatása a törvényhozó és más jogalkotó felé irányul. A fő szabályt ez jelentette az elmúlt fél évszázadban azokban az országokban, ahol megjelent az alkotmánybíráskodás intézménye. Ekkor az alkotmányos alapjogok és alapelvek a törvényhozó alternatíva-választásait irányítják, és abba az irányba tolják a törvények és a rendeletek kialakításánál a jogi rendelkezések tartalmát, ahol jobban megjelennek bennük az alapjogok és alapelvek absztrakt iránymutatásai. Itt legfeljebb a demokrácia problémáját veti fel a túlságosan széles alkotmánybírói kontroll. Hisz a milliók választásán alakuló empirikus népakarat kifejeződése a parlamentekben háttérbe szorul a néhány alkotmánybíró döntése alapján. E demokrácia-probléma ellenére az átfogó igazságossági szempontokat is magukban rejtő alapjogokkal csökkenteni lehet a rövidtávú és érzelmibb tömeghangulatokon nyugvó empirikus népakarat kilengéseit. Egy kissé arisztokratikusnak tűnő megállapítást téve azt lehet mondani, hogy a tömegdemokráciába beépített "radikális felforgató" elemet meg tudja szelídíteni a felső társadalmi osztályok mércéi szerint gondolkodó és döntő alkotmánybírói stáb. A tényleges probléma csak akkor keletkezik, ha ez a döntési fórum tartósan és átfogóan szembe kerül az empirikus népakarra alapozott törvényhozással és a mérvadó politikai elitekkel. Az alkotmánybírói "aktivizmus" ennek jelzésére szolgál, és Magyarországon is ebben az irányban - vagyis az Országgyűléshez és az abban levő pártelitekhez való viszonyban - merült fel az alkotmánybírói aktivizmus kérdése az elmúlt tíz évben.

Új dimenziót jelent az, ha az alkotmányos alapjogok túlmennek a törvényhozás meghatározásán, és a jog mikrofolyamatai, a bírói eseti döntések felé is közvetlenül meghatározó erőt kezdenek kifejteni.

E két dimenzió mellett az alkotmányjogiasítás érintheti a jogtudományi-dogmatikai tevékenységet is, és ekkor az egyes jogágak belső kérdéseit, jogdogmatikai konstrukcióit hozzákötik az alkotmányos alapjogokhoz és alapelvekhez, és a jogág dogmatikai rendszerét az alapjogokból többé-kevésbé dedukálva ábrázolják. Ekkor az egyes jogágak mint "alkotmányos jogágak" - "alkotmányos büntetőjog", "alkotmányos adójog", "alkotmányos polgári jog" stb. - jelennek meg, és ha ez elfogadottá válik az adott jogágak jogászai köreiben, akkor a jog alkotása melletti jogpolitikai kritikán túl a "jogági alkotmányos alapjogok" a jogalkalmazók felé is mint a jogági jogszabályok értelmezési bázisa kezdenek funkcionálni. Az egyes alkotmányjogiasított jogági jogtudományok tehát két, eltérő irányba is felléphetnek: a jogalkotás felé, mint új jogpolitikai értékelési rendszer - a fennálló jogállapotokat most már az alkotmányos alapjogok követelményeinek való meg nem felelés miatt elmarasztalva -, de a jogalkalmazás felé mint a bírói jogalkalmazás új szempontú segítői is megjelenhetnek, a jogértelmezést a jogági alkotmányos alapjogok felé terelve.

Úgy tűnik, hogy Magyarországon a jogági jogtudományok alkotmányjogiasítását csak néhányan vetették fel, de ezt is inkább a jogalkotás felé iránymutatásként, és kevésbé a jogalkalmazás irányában. A büntetőjognál pl. Szabó András ilyen irányú törekvései voltak láthatók az 1990-es évek elején, akivel szemben a szűkebb büntetőjogászai körből Nagy Ferenc és Wiener A. Imre szállt vitába, ill. újabban az adójog területéről Deák Dániel látszik törekedni egy "alkotmányos adójog" kidolgozására (lásd Deák 2000:168-176).

A fejezetnek ebben a részében az alkotmányjogiasítás három dimenziója közül csak a jogalkalmazás szempontjából szeretnénk vizsgálat alá venni az alkotmányos alapjogok rétegének működését, és az itt keletkező problémákat kívánjuk exponálni. A három dimenzióra bontással és a "jogalkalmazás alkotmányjogiasítása" kifejezéssel pontosabban lehet az alkotmányjogi réteg jogrendszerre tett hatását felmérni, mintha differenciálatlanul az egész jogrendszer alkotmányjogiasításáról beszélnénk. Így például az 1998-ban Bristolban szervezett

összehasonlító jogi világkongresszuson e témát feldolgozó írások összefoglalóan a "jogrendszer alkotmányjogiasításáról" szöveget, miközben jórészt a *törvényhozás* feletti alkotmánybíráskodási kontroll állásáról szöveget az egyes országokban (lásd Koch 1998, Poplawska 1998). Az differenciált témakezelés lehetővé teszi, hogy az egyes dimenziókban az alkotmányjogiasítás hatásait önállóan lehessen értékelni, és az egyik dimenzió negatív vagy pozitív értékelése ne befolyásolja a másik dimenzió értékelését.

## 4.2. A jogalkalmazás alkotmányjogiasításának két iránya

Ha az alapjogi réteg túllép a törvényhozás kontrollján, és közvetlenül a bírói eseti döntések felé kezd hatni, akkor ezt a hatást két, egymástól eltérő irányban is vizsgálni lehet. Az egyiket az jelenti, ha *a bíró az esetet a vonatkozó törvényi rendelkezések mellett az alkotmányos alapjogokra tekintettel is eldöntheti*. Vagyis ekkor az alkotmányos alapjogok nemcsak a bíró által alkalmazandó törvények formálásán keresztül hatnak a bírói döntésre, hanem ezek mellett/helyett közvetlenül is megjelennek e döntések formálásában. A másik dimenzióban hat a jogalkalmazás alkotmányjogiasítása felé az, ha a perbeli részvételt eloldják a személyes érintettségtől, és átfogóbb csoportok, egyesületek léphetnek be a bírói eljárásba, akik számára nem a konkrét per tárgya a fontos, hanem ezt mint egy átfogó ügy alakításának eszközét fogják fel, és harcolnak a per meghatározott kimenetelért. Nézzük meg részletesebben az alkotmányjogiasítás két dimenzióját - melyeket e folyamat anyagi jogi és eljárásjogi oldalainak is nevezhetünk -, és ezek kérdéseit részletesebben.

**4.2.1. Az alkotmányjogiasítás anyagi jogi iránya.** Miközben a legtöbb országban, ahol létrejött az alkotmánybíráskodás intézménye, megmaradt ennek a törvényhozás kontrolljára szűkítése, és a jog mikrofolyamataiban nem adtak közvetlen szerepet az alkotmányos alapjogoknak és alapelveknek, Németországban és Egyesült Államokban az 1950-es évek közepétől törekvések indultak meg ebbe az irányba. A németeknél - mint az előzőekben láttuk - az alapjogok "horizontális" hatásának, vagy más szempontból szemlélve "harmadik irányú hatásnak" (Drittwirkung) nevezték e problémakört, az Egyesült Államokban a jogszolgáltatás és a társadalmi problémák megoldásának "alkotmányjogiasítása" (constitutionalization) címszó alatt futottak és futnak az ezzel foglalkozó tanulmányok az 1960-as évektől fogva, miután elkezdtek elméletileg is feldolgozni az új jogi fejlemény kérdéseit. A két tematizálás eltérő szélességben fogja meg az itt felmerülő problémákat, és a tágabb amerikai tematizálás megfelelt annak a realitásbeli helyzetnek, hogy az Egyesült Államokban a jogalkalmazás alkotmányjogiasítása tágabban és a jog működését mélyrehatóbban érintve ment végbe, mint a németeknél.

Németországban az alkotmány az alapjogokat közvetlenül érvényesülő jogoknak deklarálja, és az 1950-es évek közepétől felmerült az a kérdés a bírói döntési folyamatok során, hogy az alkalmazandó törvényi rendelkezések mellett milyen szerepe lehet az adott ügyben relevánsnak tűnő alkotmányos alapjogoknak. Logikailag erre három pozíció lehetséges. Az első az lehet, hogy a bírónak egyáltalán nem kell figyelembe vennie az alapjogokat, mert a törvényalkotót már kontrollálták és meghatározták ezek, illetve az ezeket értelmező alkotmánybírói döntések. Eggyel erősebb ebben az irányban az alapjogok szerepe, ha a bíró ugyan alapvetően a vonatkozó törvényhelyekhez kötött döntései kialakításában, de a

törvényi rendelkezések nyitottságainál az értelmezési munkában figyelembe kell vennie a vonatkozó alapjogok és alkotmánybíróági döntéseik irányutatásait, és a mérlegelését ezek irányában kell végrehajtania. Végül a harmadik - legerősebb - pozíciót akkor éri el az alapjogok a bíró döntésének alakításában, ha a bíró nemcsak az értelmezésben nyúlhat vissza (illetve kell visszanyúlnia) az alapjogokhoz, hanem *félre is tolhatja az alkalmazandó törvényi rendelkezéseket, és döntését teljes mértékben az alkotmányi rendelkezésekre alapozhatja.*

E három pozíció merült fel a német jogi irodalomban az 1950-es évek elejétől az alkotmányos alapjogok közvetlen bírói döntés felé irányuló, lehetséges hatásainak elemzésénél, és a problémát az alapjogok "horizontális hatásának" nevezték el arra tekintettel, hogy az alapjogok eredetileg "vertikális irányban" védtek az egyes személyt az állammal és az átfogóbb kollektívával szemben. Itt pedig a polgárok egymás közötti - horizontális - viszonyaiban való hatásáról van szó. A Német Szövetségi Alkotmánybíróság alaposan megfontolta a kérdésben a döntését, és miután a Szövetségi Munkaügyi Bíróság egy munkaügyi perben félretolta a munkajogi rendelkezéseket, és közvetlenül az alkotmány alapján döntött - óriási jogirodalmi vita alakult ki e jogalkalmazási fordulat következményeiről -, az Alkotmánybíróság úgy foglalt állást, hogy az alapjogok csak közvetett hatással bírhatnak a bírói döntésekben, és csak a törvényi rendelkezések nyitottságait értelmezve lehet alapozni rájuk bírói döntést, de félretolni nem lehet törvényeket. Ha egy bíró úgy látja, hogy az alkalmazandó törvényi hely szemben áll valamelyik alkotmányos alapjoggal, akkor felfüggesztheti az eljárást, és az Alkotmánybírósághoz fordulhat, kérve a törvényi hely alkotmányossági vizsgálatát. Önmaga azonban nem tolhatja félre azt.

A németeket az olaszok majd a spanyolok követték a köztes álláspont elfogadásában, az osztrákok, megvizsgálva a kérdést, úgy döntöttek, hogy nem ismerik el még ilyen mértékben sem az alapjogok horizontális szerepét. De az említetteknél is, a deklaratív elismerés ellenére, visszafogott maradt az alkotmányos alapjogoknak a bírói döntésekbe bevonásuk még ilyen közvetett szerepben is.

Az alkotmányjogiasítás jóval szélesebben ment végbe az Egyesült Államokban, és jóval szélesebb hatást tett mind a jogrendszer működésére, mind a politikai életre. Ennek következményeképpen az 1970-es évektől kezdve egy tendenciaváltás indult el, eleinte a további alkotmányjogiasítás leállításával, majd határozott visszafordulással az 1990-es évek elejétől (lásd Grey 1996).

Az Egyesült Államokban a jogalkalmazás elalkotmányosítása nagyban összefüggött a politikai erők eltérő dominanciájával a tagállami és a szövetségi szinten, és a két szint szembenállásával, amely - többek között épp a fentiek miatt - az 1860-as években végül polgárháborúhoz vezetett. A szövetségi alkotmány, a szövetségi szintű törvényhozás és az erre kialakított saját szövetségi bírósági rendszer az egységesülő Egyesült Államok központi akaratképzésének letéteményeseit jelentik hagyományosan a tagállami törvényekkel és a tagállami bíróságokkal szemben, és az elmúlt száz év folyamán a szövetségi hatáskörök folyamatos bővülése a szövetségi bíróságok - élükön a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság - egyre táguló alkotmányértelmezése révén valósult meg. Ennek egyik oldalát jelentette (a szövetségi Kongresszusnak a tagállami törvényhozások rovására szélesedő törvényhozási kompetenciája mellett) *a bírói jogalkalmazásba a szövetségi szintű alkotmány rendelkezéseinek bevonása, és ennek révén a tagállami törvények (velük az ezek alkalmazására rendelt tagállami bíróságok) félretolása.* Ennek megértésére példaként talán hasznos lesz felhozni azt a jogesetet, amelyben az 1980-as évek elején egy főiskola egy tornatanárral két éves szerződést kötött, ám egy év múlva felmondott neki. A tornatanár nem a munkaügyi szabályok alapján kívánta vitatni a felmondás jogosságát - amely a tagállami bíróság elé tartozott volna -, hanem a munkabére elvesztését tulajdona elvesztésének felfogva, a szövetségi alkotmánynak arra a rendelkezésére alapította igényét, hogy "senkit nem lehet megfosztani

megfelelő eljárás nélkül tulajdonától". Ez a perlési alap már a szövetségi bíróság elé tolja el az ügyet, és ha a bírák hajlamosak a tulajdon ilyen széles felfogására, akkor a munkaügyi perek tekintélyes része mint alkotmányos alapjog megsértése és ennek orvoslására irányuló per zajlik le. Ez az ügy azonban éppen Richard Posner, a chicagói szövetségi fellebbezési bíróság főbírája elé került, aki az alkotmányjogiasítás ellenzője lévén elutasította a keresetet, és jelezte a felperes tornatanárnak, hogy tagállami bíróság előtt munkaügyi szabályok alapján perelve valószínűleg a javára döntenek majd (lásd Cohen 1985:1117-1118). *A lényeg tehát a perlés megkettőződése az alkotmányjogiasított perlés lehetőségének megteremtésével, és a felperes választhat, hogy alkotmányjogi pert folytat-e, vagy egyszerű törvények alapján kívánja problémáját megoldani.*

Ez a tendencia az 1970-es évek közepére érte el a csúcspontját, és a szövetségi bíróságok előtt egy párhuzamos "alkotmányjogiasított" jogszolgáltatás alakult ki a hagyományos perlési technikák mellett. A jogászságon és a bíróságokon belül keletkező ellenállás révén a közvélemény és a politika is észlelni kezdte a felmerülő problémákat, és különösen a republikánus politikai tábor jogpolitikusi egyre markánsabban fogalmazták meg e folyamat visszafordításának szükségességét. Reagan elnök az 1980-as évek elején választási programjába is felvette, hogy megválasztása esetén olyan szövetségi bírakat igyekszik majd kinevezni, akik szemben állnak a bírói döntések "elalkotmányosításával". Megválasztása után sikerült is az elnök igazságügyi adminisztrációjának a '80-as évek során az áttörés, és a szövetségi bírói kar felfrissítésével nagymértékben leállt a további alkotmányjogiasítás a bírói folyamatokban. A szövetségi szintű legfőbb bírói fórumnál a kilenc bíró közül a sorra kerülő üresedések betöltésével végül a '90-es évek elejére sikerült átfordítani a többséget az alkotmányjogiasítás leállítására. Az 1953-ban Earl Warren főbíróval kezdődő, majd Hugo Black-kel folytatódó és William J. Brennan-nal, William O. Douglas-szal, Abe Fortas-szal folytatódó "alkotmányjogiasító" vonallal szemben, a velük kezdetben egyedül reménytelen harcot vivó Felix Frankfurter, John M. Harlan, William H. Rehnquist, Sandra Day 'O Cooner, Antonin Scalia jelzik a visszafordítók táborát, akik az utóbbi években - 1992-től - már a legfőbb amerikai bírói fórum többségét adják. A tudományos életben Ronald Dworkint kell tekinteni az alkotmányjogiasító vonal fő támaszának, míg ennek visszametszésére Alexander M. Bickel a '60-as évektől kezdte a küzdelmet, majd Robert Bork az 1970-es évektől, Antonin Scalia a '80-as évektől írt fontos munkákat ennek továbbvitelére. (Scalia-t sikerült is kinevezni a '80-as évek közepén a szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírájává, de Robert Bork jelölése elbukott az egységesen fellépő ellenfelek politikai- és média erején.)

A német "horizontális hatással" összehasonlítva tehát az Egyesült Államokban átütőbb szinten tudott végbe menni egy időre a jogalkalmazás alkotmányjogiasítása. A törvények értelmezésébe itt is bevonják az alkotmányos alapjogokat és az ezeket értelmező legfőbb bírói döntéseket, de itt ezen túl az önálló alkotmányjogi perlési út révén a törvények félretolására is lehetőség nyílik az előbb ismertetett módon. Az alkotmányos alapjogok széles felfogása - és az alkotmányos alapelvekből egy sor normatív támpont levezetése - az egyszerű törvényeket és a mögöttük levő jogdogmatikai konstrukciókat teljes mértékben félre tudja tolni, és a bírói eseti döntés a jogdogmatikailag pontosított törvényi rendelkezés helyett az alkotmányos alapjogok és az ezeket kibontó alapjogi jogirodalmi támpontok alapján születhet meg (az amerikai családi jog vonatkozásában lásd ehhez: Schneider 1988:79-121). Jogtechnikailag talán nem lenne kizárt, hogy egy hosszabb idő után így is egy újfajta kiszámíthatóság megteremtődjön - bár a szükséges változtatások tömege miatt beláthatatlan, hogy mi módon történhetne ez, ha egyáltalán lehetséges — mindenesetre a mintegy húsz éves trend után az amerikai jogi élet főárama ennek visszafordítása felé csúszott el.

#### 4.2.2 Az alkotmányjogiasítás eljárásjogi iránya. Az alkotmányjogiasítás anyagi

jogi relációja mellett az Egyesült Államokban az 1960-as évektől egy időre fejlemények indultak eljárási oldalról is a hagyományos jogszolgáltatás alkotmányjogi-közjogi síkra áttolására. Lényege ennek az, hogy az egyedi perlés helyett a tömeges perlés jön létre, és ezzel a bírói eljárás hordereje nagyságrendekkel megnövekszik a tágabb társadalmi csoportok küzdelmeinek lefolytatása szempontjából. *A tömeges perlés alkotmányos alapjogok mentén való véghezvitele pedig lényegében alternatívát jelent a társadalmi csoportok számára ahhoz, hogy párttá szerveződjenek-e, és a törvényhozásban igyekezzenek törvénymódosítás útján elérni céljaikat, vagy inkább az így átalakított bírói úton küzdjenek ezért?*

A hagyományos perlés eltolódása ebbe az irányba két, összefonódó úton ment végbe a '60-as évek közepétől indulóan. Egyiket a "közérdekű perlés" vagy más elnevezésben "közjogi perlés" kialakulása jelentette, a másikat a csoportos perlés ("class action") megjelenése.

**(A közjogi perlés)** Hagományos magánjogi pert csak az indíthat, illetve kapcsolódhat be egy már megindított perbe, akinek a perben lévő ügy közvetlenül érinti egy jogilag védett érdekét. Egy nagy bírósági per kimenetele sokszor érinti a más hasonló pozícióban levő emberek helyzetét is, különösen, ahol a bírói precedensjognak erős a szerepe az adott ország jogrendszerében. Ekkor ugyanis a későbbi perlésnél a hasonló pozícióban levők számára ez a döntés már precedensként jön majd számba, így az egyedi peres félhez hasonló pozícióban levők számára különösen fontos a per kimenete. Erre vezethető vissza az a jelenség, hogy az Egyesült Államokban már a múlt század végétől megindult a bírói eljárásba való bekapcsolódási törekvés a kívül állók részéről. Ennek első formája az *un. "amicus curiae brief"* volt - a "bíróság barátainak levele" (lásd Kristlov 1963). Ez egy jogász álláspont ismertetését jelentette valamilyen tekintélyes jogász, jogászprofesszor részéről az adott ügy megítélésének "segítésére". Olyan érvek, más országbeli szabályozások ismertetése adja ezek tartalmát, melyek az ügyben döntő bírakat meghatározott irányba ösztönzik. Ezt a tevékenységet általában átfogóbb horderejű, felsőbbbírósági döntések előtt gyakorolják tekintélyes jogászok, kormányhivatalnokok, nagyvállalatok szakértői, ha fontos számukra az ügy kimenetele.

Az *amicus curiae* levél egyik verziója az *un. Brandeis-brief*, amely a jogi érvek mellett a társadalmi tények változásait prezentálja a döntő bírák számára, és ezzel a korábbi releváns precedensektől való eltérést igyekeznek elérni. Louis Brandeis, aki később maga is a legfőbb amerikai bírói fórum tagja lett, írta mintaadó levelét 1908-ban egy fontos ügyben, amely két oldalnyi hagyományos jogi érvelés után egy 110 oldalas tanulmányban vázolta a társadalmi változásokat, amelyek új döntést igényelnek a régi precedenshez képest a bíraktól. A "jog társadalomtudományosításának" eufóriája közben ez a fajta levél azután évtizedekre mintát adott a "társadalmi mérnök"-jogászok számára.

Ez az előzmény teszi érthetővé a közjogi perlés kialakulását az 1960-as évektől. Ekkor ugyanis létrejött egy perjogi módosítás, amely lehetővé tette, hogy akinek egy érdekét érinti egy már folyó per, az beszállhat a perbe, amennyiben a perben hasonló pozícióban levő fél nem képes megfelelően védeni az adott érdeket. A bíró ekkor köteles volt megengedni a perbe szállást, de e mellett egy másik bekezdés még azt is lehetővé tette, hogy ha megfelelően képviselve is van a perelt érdek, akkor is beszállhat a perbe az érdekelt, ha átfogó ténykérdés vagy jogkérdés szerepel a perben. Ekkor azonban a bírónak mérlegelési joga van a perbe szállás engedélyezésére (Vreeland 1990: 279-310). E perjogi módosítás után a perek tömegében alakult ki az ilyen beavatkozás, és most már nem csak kívülről, *amicus curiae*-levél, vagy Brandeis-brief formájában befolyásolhatják az átfogóbb érdekcsoportok, egyesületek a bírói döntést, hanem perben álló félként is.

A per azonban alapvetően átalakul ilyenkor, és eltolódik a hangsúly a konkrét egyéni pernyerési érdektől az átfogóbb társadalmi csoport hosszú távú érdekének érvényesítése felé. Ekkor a per a tartósan jobb jogi pozíció kiharcolásáért folyik az érintett társadalmi csoport egyesületei részvételével. Ezzel a jellegváltozással a bírói tárgyalóterem inkább hasonlónak válik a törvényhozói plenáris terem hangulatához, óriási médianyilvánosság és publicitás mellett, mintsem a semleges jogász érvelés hagyományos helyeként lehetne számba venni. A politikai érdekcsoportok számára pedig a perlés mint alternatíva merül fel ahhoz képest, hogy lobbiként vagy pártként a parlamentben megjelenve próbáljanak törvénymódosítást kiharcolni (lásd Chayes 1982). Különösen a faji stb. kisebbségek számára előnyös a közjogi perlés útján való politikai harc választása, mivel ők a többségi törvényhozásban nehezebben tudják érvényesíteni akaratukat. Egy 1984-ben megkísérelt visszametszést e téren például így indokolt az előkészítő kongresszusi albizottság: "Egy meghatározott faj vagy nem tagjai könnyen tudnak alkotni egy csoportot, adva a szövetségi bírák hajlama a szociológiai értelemben vett társadalmi csoportok perlési jogainak elismerésére. Az absztrakt alapjogok egy olyan bázist adnak az ilyen csoportoknak, amely inkább a törvényhozáshoz, mintsem a hagyományos perléshez teszi hasonlatossá az alapjogi perlést a csoportos perbeli felek között" (idézi: Feinberg 1984:272). A közjogi perlés fénykora az 1960-as évekre esett, de még 1986 és 1989 között is 171 ilyen esetet lehetett találni a szövetségi bíróságok előtt folyó pereket megvizsgálva. Pedig ekkorra jórészt már megtörtént a szövetségi bírósági állomány felfrissítése, és a bírák szigorúbban ítélték meg a perbe avatkozási lehetőségeket az engedélyezés megadásakor, és így a perek közjogi perléssé alakítása bizonyos fokig visszaszorult.

Ha az amerikai hatást vizsgáljuk meg ebből a szempontból a nyugat-európai országokban, akkor azt lehet látni, hogy itt csak csekély mértékben ment végbe eddig a közjogi perlés megjelenése. Itt ugyanis rendszerint az ügyészek jogköre az, hogy belépjenek a perbe, ha nem megfelelő a perben álló érdek képviselője, és az átfogóbb társadalmi jelentőséggel bír (lásd ennek összehasonlító elemzéséhez: Feldman 1992). Ennek ellenére bizonyos fejlemények megindultak már abba az irányba, hogy az Európai Unió jogát az esetleg vonakodó hazai törvényekkel szemben bírói úton kényszerítsék ki az Európai Bírósághoz fordulva egy-egy konkrét ügyben, ha azt a hazai törvényhozás ellenállása miatt nem tudták az abban érdekelt társadalmi csoportok kikényszeríteni (lásd Feldman 1992). Csirájában ez ugyanaz, ami az Egyesült Államokban a szövetségi és a tagállami szint politikai erői közötti harcban a jogalkalmazás "elalkotmányosításához" vezetett az elmúlt 40 évben. És itt is sokszor az Unió alapszerződésének tágító értelmezése útján az Európai Bíróság hatáskörbővítése révén megy végbe a tagállami törvényhozások erősebb alávetése az Unió felé. Jelenleg azonban az Unió szintjén nincs alapjogi karta (az Európai Emberjogi Bíróság az Unión túl, az összes Európai Tanács-tag állam vonatkozásában alkalmazza az Európai Emberjogi Egyezményt) és ezért a brüsszeli akaratképzés "nyomulása" nem tudott előrehaladni az alapjogok széles alkalmazása révén. Így noha minden szempontból hasonló most az Európai Unió és tagállamai közötti viszony helyzete a XIX. század végi és XX. század eleji amerikai helyzethez, és ott ez a helyzet vezetett jórészt a jogalkalmazás (szövetségi) elalkotmányosításához, ez most nem tud hasonló jelenségeket létrehozni az európai uniós tagállamokon belül. De ha egy tényleges jogi erővel rendelkező alapjogi karta mégiscsak létrejönne az Európai Unióban - amire van törekvés néhány politikai csoport részéről -, akkor az Európai Egyesült Államok létrehozása feltehetően ezen az úton is felgyorsulna.

A közjogi perléshez kapcsolódva kell megemlíteni a *stratégiai perlés* jelenségét. Ez a jelenség a precedensjog léte miatt alakul ki azokban az országokban, ahol a precedensjog az átlagosnál nagyobb szerepet tölt be, és az Egyesült Államokban e miatt ölt a közjogi perlés sokszor stratégiai perlés jelleget. Ennek lényege, hogy az erős érdekcsoportok nemcsak a konkrét per megnyerésében érdekeltek, és nem is elsősorban a konkrét per megnyeréséért perelnek, szállnak be a perbe, hanem a



nekik kedvező precedens-döntés kiharcolásáért. Ennek egyik következménye, hogy ha a konkrét perben kedvezőtlenek a kilátások, akkor mindenképpen megegyezésre törekednek a szembenálló féllel - esetleg még rosszabb feltételeket is elfogadva, mint amit a perben azért ki lehetne harcolni -, csak hogy ne jöjjön létre ítélet, és így ne maradjon "jogi nyoma" az adott ügynek. Ezzel szemben, ha jók a nyereségi feltételek, akkor semmi esetben nem hajlanak az egyezésre, mert a fő cél épp az adott perben a precedens kiharcolása (lásd Tushnet/Schneider/Kovner 1988:975).

**(Csoportos perlés - class action)** Ez a forma első sorban a tömeges kártérítési ügyekben alakult ki, amikor egy nagy cég termékfelelőssége vagy egy környezetkárosító esemény után sok ezres vagy éppen tízezres tömegek válnak érintetté. Ekkor az érintettek egy perlési csoportot alkotva kvázi érdekcsoportként szállnak perbe a kártérítés bírói kiharcolásáért. De a "class action" terjedésével egy sor további területre is áttévődött ez a perlési forma, és a közigazgatási hatóságok, iskolai hatóságok etc. intézkedése ellen sokszor ebben a formában lépnek fel. Ezzel a terjedéssel olvad össze sokszor a class action a közjogi perléssel (lásd Elhauge 1991:72-77). Egy-egy bírói döntés ilyenkor tízezrek ügyében dönt, sőt vannak olyan tendenciák is, hogy utólag, aki igazolja az "osztályhoz tartozást" - vagyis azt, hogy azonos pozícióban van, mint az adott perben résztvevő felek voltak -, akkor bírói igazolást kaphat igénye megítéléséről anélkül, hogy formailag részt vett volna a perben. Ez már teljes mértékben a törvényi rendelkezéshez teszi hasonlatossá a bírói döntést, hisz egyedi felek helyett éppúgy széles társadalmi tömegek ügyében dönt a bíró, mint bármely törvényhozó.

### 4.3. Törekvések a magyar jogalkalmazás alkotmányjogiasítására

Már a kiindulópontban jelezni kell, hogy a magyar bírói jogalkalmazásban az ezredforduló előtti évekig nem történtek lényegesebb eltolódások az elalkotmányosítás irányában, de az utóbbi időben láthatók voltak olyan törekvések, amelyek jelzik az ebbe az irányba ható elképzelések megjelenését nálunk is. Mint látni fogjuk, ezek alapvetően eltérő szempontokból merülnek fel, és az elkülönült törekvések hordozói feltehetően egyáltalán nem értenének egyet más hasonló irányba ható elképzelésekkel. Azért is érdemes közös keretbe integrálni ezeket az elképzeléseket - ezt jelenti a "jogalkalmazás alkotmányjogiasítása" név alatti tematizálás - hogy a "nem tudják de teszik"-törekvések eltérő hordozói teljesebben lássák az így felbukkanó problémákat. E törekvések elemzését a hazai helyzet vonatkozásában is érdemes kettébontani, és az alkotmányjogiasítás anyagi jogi dimenziója után különválasztva megvizsgálni az eljárásjogi síkot.

#### 4.3.1. Az alkotmányjogiasítás anyagi jogi iránya.

A hazai helyzet elemzését azzal kell kezdeni, hogy az itthoni alkotmánybíróság ugyan óriási hatáskört kapott a törvényhozás felülbírálására, és önmaga még ezen túl is tovább bővítette ezt a hatáskört, de a bírói jogalkalmazás felé az eddigiekben nem nyomult előre. Erre az alkotmány rendelkezései sem adtak lehetőséget, de - mivel ez más szempontból nem jelentett problémát számára a hatáskörbővítésnél — sokkal fontosabb volt az, hogy érezve a feszültséget a törvényhozással szembeni expanzív eljárásuk miatt, az alkotmánybírák maguk is úgy döntöttek 1991-ben, működésük első időszakában, hogy a bírói jogértelmezésben nem kívánnak konkurálni a Legfelsőbb Bíróság egész bírói rendszerre kiterjedő jogértelmező tevékenységével (lásd az 57/1991-es AB határozatot).

Ezen az állásponton látszik változtatni az a törekvés, amely a Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozatai felett megteremténé az alkotmánybírák alkotmányjogi kontrolljának útját. Formailag ez ugyan az igazságügyminisztériumi apparátus törvényjavaslatként fogalmazódott meg, de a jelek szerint az alkotmánybírák egy része is pozitívan áll ehhez a kezdeményezéshez. A problémát ebben az jelenti, hogy ezzel először nyerne hivatalos elismerést a bírói jogértelmezés felett az alkotmányos alapjogok és alapelvek közvetlen hatása. Eddig csak a bírák feletti törvények alakításába tudtak beleszólni az alkotmánybírák, és így az alkotmányos alapjogok és alapelvek is csak itt fejtették ki formáló hatásukat. Ezzel a lépéssel egy alapvető áttörés menne végbe, és a jogalkalmazás felé is közvetlenül megjelenének az absztrakt alapjogok.

További aggályokat vet fel, hogy ha megnyitjuk a jogegységi határozatok felett a közvetlen alkotmánybírói kontroll útját, akkor egyszerűen indokolhatatlanná válik a szintén bírói precedensjogot alkotó többi, legfőbb bírói fórum által alkotott döntés előtti megállás. Az egyszer megnyitott út a bírói jogértelmezés és jogalkalmazás alkotmányjogi kontrolljára kényszerűen végigfutna ezután a teljes felsőbbbírói eseti joganyagon is. Ha pedig ez létrejön, akkor az ügyvédek számára elsőrendű feladatává válik a törvényszintű - az egyes ügyvéd ügyfele számára kedvezőtlen — rendelkezés mellett az alkotmányos alapjogok és alapelvek szintjéről segítséget keresni. Azok elég absztraktak és hajlíthatók ahhoz, hogy valamilyen oldalról védhetővé váljon bármely vesztesnek látszó ügy. A bíróságok pedig - akár alsó, akár középszinten — nem utasíthatják vissza a per alkotmányi síkra terelését, úgy ahogy ma az 57/1991-es AB határozatra hivatkozva megteszik. (Lásd pl. az 1998-ból a BH 223. számú bírói döntést.)

Összegezve tehát, ha végbemenne a jogegységi határozat alkotmányjogi kontroll alá helyezése, rövid időn belül szükségszerű lépésekkel eljutnánk a jogalkalmazás alkotmányjogiasításához az anyagi jogi dimenzióban, még ha azt az alkotmánybírák többsége feltehetően egyáltalán nem is támogatná. Hogy azután ez megmaradna "középerős" fokon - ahogy a németeknél láttuk az alapjogok horizontális hatásánál - vagy az amerikai szövetségi bíraskodásban látható közvetlen alkotmányjogi per síkjára is áttevődne (félretolva a magánjogi, munkajogi, büntetőjogi stb. rendelkezések alapján való perlést), azt nem lehet előre megjósolni. Ez utóbbira egyszer már volt példa a hazai jogszolgáltatásban, az ún. dávodi kislány esetében, amikor a bajai bíróság félretolva a vonatkozó jogszabályi rendelkezéseket az alkotmány alapján döntötte el az ügyet. Ezt kisebb jogászörök nagy helyesléssel fogadták, de az átfogó jogász közvélemény és a bírói kar elutasítóan reagált erre a döntésre. (Lásd a Fundamentum c. folyóirat körül szerveződő jogpolitikusok reagálását illetően a Fundamentum 1999/3. számot).

A jogalkalmazás alkotmányjogiasítására egy másik irányból jelentkezett Gadó Gábor törekvése a magánjog vonatkozásában, aki a Polgári Törvénykönyv bevezető, jogértelmezésre vonatkozó rendelkezését kívánja úgy átalakítani, hogy a bírák kötelesek legyenek a polgári jogi kódex rendelkezéseit az alkotmányos alapjogok és alapelvek fényében értelmezni (lásd Gadó 2000). Ez a megoldás más úton ugyanoda vezetne, mint amit a jogegységi határozatok feletti kontroll által megnyitott út jelentene. Az ügyvéd számára ugyanis ettől kezdve az érvelés egyik fő útvonulává válhatna - ha éppen pervesztésre áll - az alkotmányos alapjogok és alapelvek nyitott normái alapján megfordítani a perbeli kilátásokat. A dogmatikailag tisztázott magánjogi szabályok jogszolgáltatása helyett így egy teljesen nyitott bírói döntési eljárás felé tolódhatna el a jogterületen a jogalkalmazás. És ha itt bevetté válik, hogyan lehetne megakadályozni, hogy áttevődjön ez a perlési technika a büntetőjogra, a munkajogra és minden más jogterületekre?!

Kitekintésképpen kell jelezni, hogy Közép-Kelet-Európában az eddigiekben Lengyelországban voltak törekvések a jogalkalmazás elalkotmányosítására, és

1997-ig az ottani alkotmánybíróság rendelkezett is a bíróságok felé kötelező törvényértelmezés jogosítványával. Az absztrakt alapjogok mentén történő jogértelmezés mindig erősebben hozza be az ideológiai-politikai szempontokat, és ez végül nyílt összecsapáshoz vezetett a legfőbb bírói fórum és az alkotmánybírák között. Az összecsapás következményeként végül az 1997-es új lengyel alkotmány eltörölte az alkotmánybírák kötelező törvényértelmezési jogosítványát és a jogalkalmazásba beleszólási lehetőségüket (lásd Poplawska 1998:132-133.) Okos ember a más kárán tanul, és a lengyelek kudarca e téren intő példa lehet azok számára, akik nálunk még csak most törekednek a jogértelmezés és a jogalkalmazás alkotmányjogiasítására.

#### 4.3.2. Az alkotmányjogiasítás eljárési iránya

Mint látható volt az amerikai bírói eljárás alkotmányjogiasításának elemzésénél, ebben a dimenzióban oly módon megy végbe a per közjogiasítása és alkotmányjogiasítása, hogy az ügyben konkrétan érdekelt és érintett magánszemélyek mellett átfogóbb társadalmi csoportok is bekapcsolódhatnak a perbe. *Ezzel a hangsúly a konkrét per megnyerése helyett áttolódik a közvetett, hosszabb távú hatások felé.* Jelenti ez egyrészt a tartósabb jogi hatásokat (pl. egy felsőbbbírósági precedens kiharcolását, amely az adott kérdéssel érintettek széles köre számára teremthet jogi alapot későbbi követelésekhez), de e mellett a szélesebb politikai közvélemény bevonását is a per lefolyásába.

Ha a hazai jogi életben szétnézünk, akkor sommás megállapítással rögtön meg tudjuk állapítani, hogy - szemben az amerikai széleskörű közjogi perléssel és politikai felhangokkal átszőtt csoportos perlésekkel (class action) - nálunk nem gyakoriak ezek. Az említett "dávodi kislány"-ügy az abortusz-kérdés kapcsán, amely anyagi jogi vonatkozásban is az egyetlen példát jelentette az elalkotmányosítási kísérletre, jelent meg a médiában és a politikai közvélemény előtt, mint a szembenálló társadalmi vélemények összecsapásának helye, és ebben az abortuszellenes egyesület, az alkotmányos alapjog védelmére hivatkozó adatvédelmi ombudsman éppúgy benne volt, mint a bírói eljárás átfogó alkotmányjogiasításáért küzdő Fundamentum-kör jogpolitikusi is. E mellett az etnikailag színezett büntetőeljárások egy részében figyelhető meg, hogy a jelentős médiatámogatást élvező emberjogi aktivista szervezetek - pl. a Roma Parlament, a Nemzeti és Etnikai Kisebbségi Jogvédő Iroda - emberei lépnek fel a cigány származású bűnelkövetők védelmében, és a büntetőeljárás problémáit a büntetőjog és a büntető eljárásjog helyett nagyrészt az alkotmányjog fényében közelítik meg. Tágabb területen azonban ez a jelenség nem jött létre az eddigiekben a hazai jogéletben.

E sommás megállapítást felbontva és a vonatkozó jogi kereteket különválasztva a kérdés által érintett szociológiai intézményi és gyakorlati háttértől azt lehet mondani, hogy *a jogi keretek szintjén semmi nem állna a bírói eljárások közjogi irányba eltolása elé.*

A magánjogi perben - az európai főszabálynak megfelelően — az ügyészek széles perindítási és perbe avatkozási joga létezik nálunk is, noha ezt még szűkítették is az 1989-es változások utáni törvényi módosítások, illetve az 1/1994-es AB határozat a korábbi korlátlan ügyészi perindítási jogosítványok egy részét alkotmányellenessé minősítette. De ma is általános jogkörrel rendelkezik az ügyész a perindításra, ha a jogosult jogainak védelmére bármely okból nem képes (lásd Polgári Perrendtartás 9. §. (1) bekezdését. De e mellett is egy sor külön jogszabály felruházza az ügyészt speciális esetekben perindítási joggal, illetve fellépési joggal a már megindított

polgári perekben (lásd a PP magyarázatának 36-47 oldalait). Az ügyész mellett néhány törvényi rendelkezés egy-egy területen társadalmi szervezeteket is felruházott perindítási és beavatkozási jogokkal. Így az 1995. évi LIII. törvény 109. §. (2) bekezdése általános perindítási joggal ruházta fel az állampolgárok környezetvédelmi szervezeteit, ha környezetet veszélyeztető tevékenységet észlelnek valahol. De ugyanígy a fogyasztók sérelme esetén a fogyasztóvédelmi társadalmi szervezetek is kaptak ilyen jogot az 1997. évi CLV. törvény 39. §.-ában (lásd a PP magyarázat 40-41 oldalait).

De széles jogi kereteket teremtenek a polgári per közjogi-politikai átfunkcionálása felé a PP. 54-57. §-ai is, melyek a perbe avatkozást szabályozzák. Azt lehet mondani, hogy ezek még szélesebben is lehetővé teszik a perbe avatkozást, mint a vázolt amerikai megoldások, mivel ott az érdekeltek akkor avatkozhatnak be a perbe, ha nincs megfelelően képviselve a perben álló érdek. A magyar szabályozás ezzel szemben nem teszi meg ezt a szűkítést, és akinek "jogi érdeke fűződik ahhoz, hogy a más személyek között folyamatban levő per miként dőljön el, az - az elsőfokú ítélet hozatalát megelőző tárgyalás berekesztéséig - az azonos érdekelttségű fél pernyertességének előmozdítása végett beavatkozhat" (PP 54. §. (1)). Az pedig, hogy mi a jogi érdek és mennyire közvetlenül kell érintve lenni a beavatkozáshoz, a széles megfogalmazás a mindenkori bírói gyakorlatnak hagyja meg. Pl. az Egyesült Államokban az 1960-70-es években, amikor az általános politikai közvélemény a társadalmi változások jogon keresztüli véghezvitelét nagy mértékben támogatta, a bírák már azt is elfogadták jogi érintettségnek hogy mint adófizető a szélesebb kihatású ügyekben bármely állampolgár érintett lehet (lásd Chayes 1982). Nálunk mindenesetre a bírói gyakorlatban szűken értelmezik a beavatkozásra feljogosító érdeket, de főként problémamentes maradt ez a szabályozás azért is, mert a magyar civilszervezetek nem vették még fel repertoárjukba céljaik pereken keresztüli elérését.

A polgári per közjogi átfunkcionálására másrészt kézhez áll a magyar szabályozásban a "pertársaság" intézménye, amelyet a PP 51. §. szabályoz. Ez lényegében minden szempontból azonos az amerikai class action (csoportos perlés) intézményével, és a hazai civilszféra szervezeteinek esetleges stratégiaváltásával éppúgy alkalmas eszköze lehet ez is a perek közjogi-politikai irányba eltolásának, ahogy az Egyesült Államokban is történt az 1960-70-es években. Az említett szakasz c. pontja például megengedi a pertársaság - a közös perlés - létrehozását, ha "a perbeli követelések hasonló ténybeli és jogi alapból erednek".

A büntető eljárásban a szélesebb társadalmi csoportok, esetleg egyesületek belépését az teszi lehetővé, hogy a Be 57. §-a "az egyéb érdekeltek" számára biztosítja a perben való részvételt. Ez az ártatlan eljárásjogi jogosítvány persze akkor von maga után igazán átfogó hatást, ha a büntetőeljárásban megjelenő egyéb érdekeltek - esetleg ezek széles köreinek egyesületei, ill. ezek képviselői - az eljárási és büntető anyagi jogi szabályok helyett az alkotmányos alapjogokra támaszkodnak, és így funkcionálják át a pert. Ugyanez áll természetesen a vázolt magánjogi perbe beszállásra is. Ott is az adja az igazi közjogiasítást, ha az anyagi jogi alap is eltolódik az alkotmányos alapjogok és alapelvek és ezek alkotmánybírói döntései felé a tömeges perlés eljárási oldala mellett. A két dimenzió együttes hatása alakítja át igazán a hagyományos bírói pert.

Magyarországon tehát a jogi keretek készen állnak az eljárásjogi dimenzióban a jogalkalmazás alkotmányjogiasítására, és az európai jogi kultúra korlátozó hatása mellett igazán csak a hazai civilszféra ez irányú stratégiájának hiánya óvta meg eddig a hazai jogalkalmazás eltolódását az alkotmányjogiasítás felé. Úgy tűnik azonban, hogy a szellemi-média szféra domináns csoportjainak erős nyitottsága az amerikai intellektuális körök szellemi behatásaira, nálunk inkább valószínűvé teszi az ez irányú eltolódásokat, mint a nyugat-európai országokban ez lehetséges volt az elmúlt évtizedekben.

### III. fejezet

## A többrétegű jogrendszer további kérdései

### 1. A jogdogmatika természetéről

Csak nagyon kevés szó esett a jogdogmatikáról az elmúlt évtizedek magyar elméleti jogi irodalmában. Az okok kutatása külön tanulmányt igényelne, így itt inkább csak jelzésszerűen lehet említeni két olyan körülményt, amelyek bizonyos mértékig magyarázzák a jogdogmatikával való foglalkozás háttérbe szorulását.

Az egyik ilyen okot az *állampárti "hivatalos" szocialista jogelmélet szövegpozitivizmusában* lehet megtalálni. A jog - e koncepció szerint - teljes mértékben megtalálható annak az állami döntésnek a szövegében, amelyet az arra hivatott állami szerv valamelyik jogforrásban (törvény, törvényerejű rendeletet, rendelet stb.) mint jogszabályt megjelentet. E jogkoncepció talán legtisztább megjelenése Magyarországon Szabó Imre "A jogszabályok értelmezése" c. nagy monográfiájában található, de nem ennyire tudatosan az elmúlt évtizedek elméleti jogi gondolkodását nálunk ez a beállítódás határozta meg. Ez a beállítódás a jogot teljes mértékben az állami döntésnek szolgáltatja ki, és ez nem tűrte, hogy önálló jogi logika, speciális jogi gondolkodás keresztezze az állami akarat tetszőleges kifejezését. A jogdogmatikáról való elméleti gondolkodás, a jogi fogalmak, jogelvi rendszerszerű modelljei és ezek kötőerejének kimutatása a mindenkori politikai jogalkotás felé alapvetően kérdőjelezte volna meg ezt a "decizionista" szövegpozitivizmust ("döntéssel minden joggá tehető"), és ez az 50-es években a legkomolyabb veszélyt jelentette volna az ezt merészelt jogtudósra - a 60-as, 70-es években pedig legalábbis egzisztenciális kényelmetlenséget.

Egy másik okként - talán nem függetlenül az előbbtől - az *elmúlt évtizedek jogtudomány-felfogását* lehet megjelölni. Röviden úgy lehet ezt összefoglalni, hogy a jogtudományt, mint tudományelméleti előkérdést tárgyalva, behelyezték a szélesebb társadalomtudományok közé, majd az a néhány tanulmány, amely közelebbről foglalkozott a jogtudomány és a joggyakorlat viszonyával, a jogtudományt mint tiszta (társadalom)tudományt tárgyalta csak. *Ezzel pedig a doktrinális-jogdogmatikai oldal gyakorlatilag kimaradt a jogtudomány tárgyalásából.* (Lásd ezt különösen tisztán Peschka 1980: 215-234). Pedig ha a tényleges tevékenységet nézzük az egyetemi jogászoknál - az oktatáson túl -, akkor döntő mértékben a doktrinális-jogdogmatikai tevékenységet lehetett látni nálunk e korszakban éppúgy, mint az európai kontinens többi országában is. *Ezzel tehát egy féloldalasán megcsonkított jogtudomány képe jött létre - és ez épp az egyetemi jogászság tényleges tevékenységét tolta ki a jogelméleti tematizálásból.*

E jogtudomány-felfogás radikális korrekcióját Sajó András kísérelte meg 1983-as "Kritikai értekezés a jogtudományról" c. munkájában, és itt ténylegesen központi hangsúlyt kapott a doktrinális-jogdogmatikai tevékenység. (Lásd különösen Sajó 1983: 114-124. oldalakat). A könyv azonban oly mértékben "jogászpukkasztó" keretbe foglalta doktrinális-jogdogmatikai oldalnak ezt az új kiemelését a

jogtudomány tudomány-jellegének tagadásával, hogy az egyetemi jogászság számára ez elfogadhatatlan maradt. De Sajó maga sem vitte tovább későbbi írásaiban ezt a fontos kiemelését, és talán egyetlen cikként az elmúlt évtizedek jogi irodalmában Békés Imre egy 1986-os tanulmányát lehet említeni, amely tudatosan emelte a középpontba - legalábbis a büntetőjog vonatkozásában - a jogdogmatikát (Békés 1985). A rendszerváltás után a '90-es évek közepétől látszik kinyílni a hazai jogtudomány érdeklődése e téma iránt (lásd Szabó Miklós 1996).

Egy olyan jogkoncepció keretében, amely a jog állami döntésre szűkítésétől tudatosan el kíván szakadni, rendszeresen kell körbejárni a jogdogmatikai tevékenység természetét és egyes aspektusait. Korábbi előtanulmányaink után ezt szeretnénk a fejezet első részében elvégezni (lásd Pokol 1990; 1991).

## 1. 1. A jogdogmatika elméletei

A rendszeres-absztrakt kategóriákon nyugvó modern jog kialakulásának történelmi érdeme a múlt évszázad második felének pandektista jogtudományát illeti, amely a XVII-XVIII. századi észjogi rendszerezés után a gyakorlati jog kategóriáit, fogalmait értelmi rendszerre gyúrta át. A XIX. század vége felé ismét lábra kapó francia jogtudomány a legnagyobb impulzusokat innen kapta, mint ahogy korábban Angliában John Austin és nyomában az éledő amerikai jogi gondolkodás is a német jogtudományt tekintette példaképének. A XX. században továbbra is a német jogi irodalomban található a legkiterjedtebb foglalkozás a *jog értelmi összefüggérendszerével*, és ezt illetik a német jogirodalomban a "jogdogmatika" kifejezéssel, míg a francia és az amerikai szóhasználatban inkább a "jogi doktrínák" kifejezést használják erre. Magának a jogdogmatikai tevékenységnek az elemzése, "reflexív megfigyelése" - túl magának a jogdogmatikának a gyakorlati jog felé való művelésén - ma is elsősorban a német nyelvű jogirodalomban található. Így a jogdogmatika természetére vonatkozó különböző elméleteket ebből a jogirodalomból vesszük szemügyre.

Az egymásra torlódó, nagy tömegű anyagból - egy rövidebb tanulmányban - csak szelektáltan kívánjuk itt a fontosabb megközelítéseket bemutatni, és ezt is azzal a technikával, hogy az egyes szerzőknél csak azt emeljük ki, ami a többiekhez képest eredeti mozzanatot jelent a jogdogmatika természetének megvilágításában. Egy-egy szerző jogdogmatika elméletének teljes körű bemutatására így nem törekszünk itt.

*Niklas Luhmann* jogdogmatika elméletével érdemes kezdeni a megközelítések elemzését, mert ő a jogrendszer egészét az állattársadalomba ágyazza, és a többi társadalmi alrendszerrel összehasonlítva elemzi a jogdogmatikát. Erről az absztraktsági szintről - ahol az egyes társadalmi alrendszerek (gazdaság, tudomány, művészet stb.), mint a szociális világ sajátos egybeműsített kommunikációs formái jelennek meg - a *jogdogmatika mint a jog társadalmi alrendszeriségét biztosító egyneműsítés fogható fel*. Ez az egyneműsítés - mint minden funkcionális alrendszerben - egy homogén értékelési mezőben a társadalmi történéseket, összefüggéseket sajátos szempontból újra tagolja, másfajta értékelési mezőben összekapcsoltakat szétbont, ott különállókat összekapcsol, hogy ezzel a jog értékelése szempontjából dolgozza fel a társadalmi világot. Ezt az értékelési homogenitást a jogban alapvetően a jogos/jogtalan értékpáros mentén történő értékelés biztosítja, mint ahogy pl. a tudomány értékelési homogenitását az igaz/hamis, a gazdaságét a rentábilis/nem rentábilis jelenti. Ezek az értékpárosok (Luhmann egy-egy alrendszer bináris kódjának nevezi ezeket) azonban önmagukban csak azt teszik lehetővé, hogy a különböző értékelési mezőket külön tartsák, de hogy mi a *jogos*, vagy a *tudományosan igaz* stb., azt még csak további

konkretizáló mechanizmusok tudják eldönthetővé tenni, és csak ezekkel együtt tud egy-egy értékpáros kiszakítani egy-egy homogén értékelési szférát a reális társadalmi eseményekben. A tudományban logikák, tudományelméletek, bizonyítási szabályok stb. teszik eldönthetővé a tudományosan igaz vagy hamis kérdésüket egyes állításoknál, a művészeti szépet esztétikák, művészeti kritikák pontosítják, és végül a *jogos vagy a jogtalan kérdésének eldöntését az egyes konkrét esetekben a jog rögzített szabályai, a különböző értelmezési elméletek és a szabályok ellentmondás-mentességét biztosító jogdogmatikai fogalmi rend írják körül* (Luhmann 1971: 232-252; 1974: 6; 1981: 194). Vagyis az alapul fekvő bináris kódok (vagy más szóval: értékpárok) biztosítják az egyes értékelési mezők különtartását, de e kódokat még konkretizáló programoknak kell kiegészíteni ahhoz, hogy alkalmazni lehessen az egyes esetekben ezeket.

Luhmannon túl kell azonban menni, és felvethető, hogy a jog funkcionális rendszere esetében szigorúbb rendszerszerűség is érvényesül, mint a legtöbb más ilyen alrendszerénél. Hiszen amíg ezeknél elég legtöbbször a puszta értékelési homogenitás biztosítása, és pl. az egyes tudományos állításokat nem kell egy-egy tudományterületen ellentmondásmentes egészé mindenkor összeállítani - épp az egyes cáfoló-versengő tudományos állítások egymás mellett élése viszi mindig tovább a tudományt - addig a jogban az összes jogi állítás egy részében, a mindenkor éppen hatályos joganyagban belül, egy szigorúbb ellentmondás-mentességnek is kell léteznie, és az ezeknek ellentmondó alternatív jogi szabályozási javaslatok mint de lege ferenda javaslatok (mint "csak tudományos" javaslatok) pontosan el vannak választva a hatályos jogtól. *Ezt a szigorúbb rendszerszerűséget - túl a puszta értékelési homogenitáson - biztosítja a jog rendszere számára a jogdogmatika.*

Josef Esser különösen tisztán fogalmazta meg anyagaiban a jogdogmatikának ezt a szigorúbb rendszerszerűséget biztosító funkcióját. "A dogmatika...egy rendszer keretében azt a kontrollmechanizmust jelenti, amely a megoldások összeegyeztethetőségét más helyen levő szabályozásokkal biztosítja." (Esser 1972:104). Esser egy másik anyagában tisztán kiemeli a dogmatikai rend kötelező erejének kérdésüket is. "A rendszerezés kérdésével a dogmatika kérdései szorosan össze vannak kötve. Azok az elvek, amelyek nagy mértékben a rendszerezés elvei, többé-kevésbé rögzített és kötelezővé tett jogi véleményeket jelentenek" (Esser 1972b:15).

Ez a kérdés sűrűn felmerül a jogdogmatikával foglalkozó irodalomban: *mennyiben kötnek a jogdogmatikai szempontok, kategóriák és mikor lehet túllépni rajtuk?* Ha a jogdogmatika említett funkciójából - a hatályos jog értelmi összefüggéseinek biztosítása - indulunk ki, akkor ezt úgy válaszolhatjuk meg, hogy *a jogdogmatikai rend és ennek egy-egy része nem más mint összefüggés-felmutatás*. Így ezt megkerülni csak oly módon lehet, ha a joganyagban levő érintett összefüggéseket - amit egy-egy jogdogmatikai distinkció, kategória lerövidítve kifejez - koherensen átrendezzük, és felmutatjuk az új ellentmondásmentes alternatív rendet megtestesítő jogdogmatikai modellt. Vagyis a jogdogmatika az egyes szabályok megváltoztatásának "nehezítését" jelenti azzal, hogy az adott megváltoztatás továbbgyűrűzésének végiggondolásához köti ennek lehetőségét. De ha a továbbgyűrűző hatások leellenőrzése megtörténik, és azok is beillenek az átfogóbb jogdogmatikai rendbe, *akkor* változtatni engedi a dogmatika az adott módon a szabályt. Illetve ha ez beleütközne még az átfogóbb dogmatikai rendbe is, akkor ez csak abban az esetben mehet végbe, ha magát az átfogóbb dogmatikai rendet is egy új rendbe állítjuk át - a kívánt szabályváltoztatáshoz ragaszkodva.

A jogdogmatika kötelező ereje tehát nem abszolút - és egyáltalán nem a gondolkodás kiiktatása a fő célja -, hanem éppen, hogy a széles átgondolásra ösztönöz, amikor ragaszkodva egy szabályváltozásához - az átfogó összefüggések végiggondolását tűzi ki parancsként. Másik oldalról persze tehermentesíti is a

gondolkodást - és ez főként az eseti jogalkalmazást könnyíti -, mert az egyes szabályi rendelkezéseket a jogi képzésben begyakorolt jogdogmatikai lépésrendek révén könnyen összeköthetővé teszi a felmerült konkrét jogesettel.

Fontos tehát a kötelező erő kérdésénél kiemelni, hogy *a jogdogmatikai gondolkodást nem a pozitív jog szabályai kötik, nem ezek a "dogmák", amelyek kényszerítően adottak a jogdogmatikus számára, hanem azok a mögöttes kategóriakészletek, amelyek e szabályokat is formálták létrejöttükben, vagyis a pozitív jog szabályait összekötő mögöttes kategóriarendszer a pozitív jog dogmatikai rendje, és ez jelenti a kötelező figyelembe vételt csak. Mint láttuk, ez is csak addig köt, amíg egy alternatív összefüggésrendet nem tudunk felmutatni. Persze ezt már a hatályos anyagon kívül, a de lege ferenda javaslatok akadémiai jogi világában, és onnan még a jogalkotáson keresztül be kell vinni a legtöbb esetben a pozitív jogba ahhoz, hogy a pozitív jog dogmatikai rendjének átépülése megtörténjen. Előfordulhat persze az is, hogy a pozitív jog szabályait szövegszerűen változatlanul hagyják, és a mögöttes dogmatikai rend bizonyos részeinek kicserélésével az új rendben értelmezik ezután a szabályokat, és ezzel a változatlan szöveg ellenére eltérő ítéletek jönnek létre ezután a joggyakorlatban.*

*Spiro Simitis a jogdogmatika ellentmondásmentességet biztosító funkcióját mint a modern jog kiszámíthatóságának magasabb szintjét fogalmazta meg. "A dogmatikai reflexió mechanizmusában konkretizálódik a már a jog pozitíválódásánál manifesztálódott kalkulálhatósági igény. A dogmatika így nem más, mint ennek a pozitivitásnak a logikus folytatása." (Simitis 1972: 131).*

A jogdogmatika egy következő oldalát jelenti a "következményen orientálódás" kérdése az egyes jogeseteknél. Ezt a kérdést nagyon radikális élel Luhmann vetette fel, és heves vitákat váltott ki válaszaival az elmúlt években. Luhmann kiinduló tétele ennél a gondolatmenetnél úgy szól, hogy *a jogdogmatika azáltal, hogy az eseti jogi döntéseket rendszeresen befűzi a jogos/jogtalanra egyenműsített világba - és a jog egésze épp ezen egyenműsítés által látja el társadalmi funkcióját -, egyre inkább közömbössé válik a "jogilag helyes" döntés külső, társadalmi következményei iránt* (Luhmann 1974: 31). A "következményen orientálódás" inkább a politika területén jellemző, és a jog azáltal - és addig - tartja meg a politikai rendszer logikájától való elkülönültségét, amíg a jogdogmatika eltorlaszolja az eseti jogi döntésben a bíró számára a következményen orientálódást. Luhmann azonban pesszimista abból a szempontból, hogy az állami társadalomszervezés körülményei között fenn tud-e maradni a jogdogmatikának ez a szerepe - és ezzel a jog politikától való elkülönültsége. A modern beavatkozó állam ugyanis egyre inkább a politika céljainak társadalomba való átvitelére használja fel a jogot, és ez a változás a megcélzott hatást előtérbe állítva az egyes jogi rendelkezéseket alkalmazó döntésnél felerősíti a következményeken orientálódást. Ez mindig egyéniesítést jelent, így a klasszifikáló jogdogmatika lassú felbomlása figyelhető meg a legújabb jogfejlődésben. Mindez pedig - Luhmann prognózisa szerint - a jog egészének a politikába beolvadását vetíti előre (Luhmann 1974: 32).

E pesszimista diagnózist többen vitatták (pl. Teubner 1975), és jelezték, hogy ha jogelméletileg nehéz is pontos receptet adni a bíró számára a "jogdogmatikai visszatekintés" és az esetleg ezzel szembenálló "következményekre előretekintés" arányára nézve az egyes ítéleteknél, de a gyakorlatban mindkét beállítódás együtt formálja a bírói döntéseket. Veszély csak akkor áll elő, ha nagy mértékben háttérbe szorul a következményen orientálódás kedvéért a jogdogmatikai helyességre figyelés.

Ugyanezt a gondolatkört - de épp ellenkező aspektusokkal - fogalmazta meg *Carl-Wilhelm Canaris* a jogdogmatikai helyesség és az igazságosság közötti viszonyban. Ebben a megfogalmazásban úgy jelenik meg a jogdogmatikai helyesség, mint a



partikuláris, ad hoc nézőpontú igazságosság fölötti átfogó összefüggések szintjén megteremtett igazságosság. "A jog egysége és belső rendje...a legalapvetőbb jogetikai követelményekhez tartoznak, és végül is magában a jog eszméjében gyökereznek. Így az ellentmondásmentes belső rend követelménye minden további nélkül az elismert igazságosság posztulátumából, 'az azonost azonosan, a különbözőt az eltérések mértéke szerint' kell megítélni" (Canaris 1968: 16). A jogdogmatikailag helyes döntés - a jogdogmatikai kategóriákat alapul véve - így az átfogóbb összefüggésekben már leellenőrzött igazságossági szempontokat ülteti át az egyedi ítéletbe, és ezzel lehetővé teszi a bíró számára az adott eset konkrétumaihoz kötött partikulárisabb igazságosság átfogóbb szintű "megnemesítését".

Persze az igazságosságnak és a jogdogmatikai helyességnek ez az összekötése a *formális egyenlőség* premisszáján nyugszik - ezt ki kell még emelni Canaris tételének megítélésében, míg az eseti döntésekben a következményen orientálódás ezzel szemben az egyéniesített materiális egyenlőséget emeli inkább a középpontba. A XX. században a jogdogmatika feszességének csökkenése a nyugati kontinentális országokban és másik oldalról a következményen orientálódás arányának növekedése a bírói döntéseknél így összefügg azzal az alapvető etikai beállítódásbeli változással, amely az *elmúlt másfél évszázadban a formális egyenlőséggel szemben erősebben a materiális egyenlőséget emelte a középpontba*, és ami ezzel járt: a szociális állam és eszköze, a szervező jog kialakulásával.

Canaris kiemelése mindenestre fontos összefüggéseket mutat fel a jogdogmatika és az igazságosság között, és rendszeresebb elemzés feltehetően további igazságossági elvek szerinti formálódást is ki tudna mutatni a jogdogmatikai distinkciók, kategóriák felépülésében. Ezt úgy is kifejezhetjük, hogy a *jogdogmatika abszorbeálja az igazságosság szempontjait, jogilag operacionalizálhatóvá és érzelmileg semlegessé teszi a bíró számára ezeket a szempontokat*. Canaris nyomán Niklas Luhmann vonta le egy tanulmányában ezt a következtetést (Luhmann 1973: 376).

A jogdogmatika természetének teljesebb megértéséhez jutunk, ha a jogdogmatika révén létrejövő szövegtől való distanciateremtő hatást vesszük szemügyre. A jogdogmatikai iskolázottság a bíró számára képlékennyé teszi a jog szabályanyagát. Azt, hogy pontosan mi a jogi szöveg értelme, egy sor mögöttes joglogikai fogással, jogdogmatikai elvek egymásra vonatkoztatásával tudja így kibontani. Továbbá, mivel alternatív egymásra vonatkoztatások is kidolgozottak lehetnek a mögöttes jogirodalomban, ezért a változatlan jogi szöveg esetén is alternatív döntési lehetőséghez juthat az egyes esetekben a bíró. Az ebben rejlő veszélyeket a tetszőleges jogi argumentációk irányában szerencsére tompítja a fellebbezési eljárások rendszere, és persze az is, hogy az alsóbb bíróságokon, ahol az esetek nagy többsége első és végső fokon lezárul, a legelterjedtebb értelmezéseket általában rutinszerűen hajtja végre a legtöbb bíró, és nem jogtudományi munkákat lapozgat. A felsőbbíróságokon inkább gyakori az alternatív dogmatikai modellekben való tájékozódás, ám itt pedig a saját korábbi döntési praxis kötőereje biztosítja a szükséges folytonosság létét.

A jogelmélet történetében jogdogmatika általi, a szövegtől való distanciateremtő hatás megfogalmazására egy fontos iskola is létrejött a múlt század végén "az objektív értelmezésemélet" képeiben. Egyik fő alakjuk, Joseph Kohler így írta ezt le: "Az interpretációnak a törvényt oly módon kell átgyúrni, hogy a benne levő jogelvek a felszínre kerüljenek, és így az egyes törvényi rendelkezések mint jogelvek folyományai jelenjenek meg...Azonban a jogelvek nem mindig kapják meg a törvényekben a teljes és zavartalan kifejezést. Ekkor az értelmezés dolga, hogy a törvényi kifejezésekből eltávolítsa az elkerülhetetlen zavarokat, és a nem teljes törvényt a jogelvek szerint továbbfejlessze." (kiemelés tőlem - P. B.; idézi: Larenz 1979: 36.).

*Karl Larenz* ezt alapul véve fejlesztette ki a "rejtett joghézag" elméletét, és ennek betöltésére a "teleológiai redukció" technikáját, amelyeket szintén úgy lehet megfogalmazni, mint a *szöveg és a jogalkotó akaratával szemben a jogdogmatikai modelleket kidolgozó jogtudósi tevékenység jog középpontjába helyezését*. Rejtett egy joghézag - mondja Larenz -, ha egy törvényszöveg bár konkrét rendelkezést tartalmaz egy esetsoporra, de egy másik részében lefektetett általánosabb szintű jogelv megvalósítása itt kivétel beiktatását követelte volna meg. "Egy 'rejtett' joghézagról akkor beszélünk, amikor bár a törvény tartalmaz egy alkalmazható szabályt az adott esetsoporra, de e szabály a jogszabály egészének értelme és célja szempontjából nem illik erre az esetsoporra, mivel a szabály meghatározott releváns sajátosságot figyelmen kívül hagyott. A hézag itt egy korlátozás beiktatásának hiányából áll." (Larenz, 362). A bírónak ilyenkor pótolni kell a törvényhozó mulasztását, és a jogelvből "teleológiai redukcióval" egy kivételt beiktatni a törvényhelyre, és ezzel korrigálva kell az adott esetre alkalmazni azt. Hogy példával érthetőbbé tegyük ezt a jogértelmezési modellt, hivatkozhatunk egy nemrégiben a magyar alkotmánybíróság elé került ügyre a vérségi származás kiderítése kapcsán felmerült problémákra (lásd 57/1991. AB. hat. Magyar Közlöny 1991/123. sz. 2452p.). Itt egy kivétel beiktatásának elmaradása lehetetlenné tette a családjogi törvény egy általánosabb rendelkezésének realizálhatóságát. Larenz rejtett joghézagának iskolapéldája volt ez, és egy objektív értelmezésemélet alapján "pótolni lehetett volna a törvényhozó feledékenységét". A bevett - szöveghez jobban tapadó - értelmezést elfogadva az alkotmánybíróságunk azonban megsemmisítette végül ezt a törvényhelyet.

Nos tehát az objektív értelmezésemélet és Larenz kiemelésében a jog tényleges középpontjává - és az igazán kötelező jogréteggé a jog rétegei között - a jogdogmatikai rend válik, és a jogszabály szövegrétege, ill. a politikai jogalkotó céljai csak ez által megsűrten tud hatni az egyes bírói ítéletekben.

A politikai jogalkotó céljainak említése kapcsán kell kitérni arra a kérdésre, hogy mennyiben semlegesek politikailag a jogdogmatikai kategóriák, vagy ezzel szemben mennyiben jelentenek ezek egyszerűen csak a jog nyelvére átültetett politikai kategóriákat, melyek politikai érdekeket és megfontolásokat hoznak be a jogba? Az Egyesült Államokban a „kritikai jogi tanulmányok” irányzata azt vallja, hogy a jog az a politika, és a jogdogmatikai kategóriák és ezek változásai a mindenkor politikai küzdelmek állását, illetve az osztársadalmilag uralkodó tőkés csoport érdekeinek kifejeződését mutatják. Azt e megközelítésben rejlő igazságmagot és ugyanakkor ennek túlzásait úgy lehet felmutatni, ha külön választjuk a napi politikai küzdelmek rövid távú és meztelen politikai érdekkövetését a hosszabb távú rögzítettséggel rendelkező értelmi objektivációktól. A jog és a politika elválasztása csak azt jelenti, hogy a demokráciákban szabadjára engedett érdekkifejezések, politikai véleményütközések nem befolyásolhatják a bírói döntéseket, a jogtudósi fogalmi munkát, és még a jogalkotásba is csak a meglévő jogfogalmi összefüggések korlátai között tudnak bejutni. Ám az egyes, tartósan létező, nagyobb társadalmi csoportok absztraktabb szinten megfogalmazott indokai és az ezekből szublimált elvek, értékpremisszák már nagyon is befolyásolják a jogdogmatikai kategóriák létrehozását, illetve ezek értelmezését. A politikai érdekek elvként való szublimálására példaként lehet felhozni a hatalommegosztás elvét. Ennek általános rációja és az általánosan hangoztatott célja az, hogy a hatalom koncentrációját és egy csoport túl-hatalmát akadályozza, de szűkebben ez az elv a status quo-ban, a fennálló állapotok megőrzésében érdekelt csoportok empirikus érdekét fejezi ki. Ugyanis így minél erősebben érvényesül a hatalommegosztás, annál inkább formálissá válnak a választásokon győztes politikai erő változtatási tervei, és fő szabályként minden marad alapjaiban a régi állapotban. Szublimált állapotban azonban ez a szűkebb érdekszempont már eltűnik, és csak az „örökkévalóságnak” szóló általános érv jelenik meg a hatalommegosztás fontosságának hangsúlyozásában. Ilyen formában tehát el lehet

mondani, hogy a jogdogmatikai kategóriák is tartalmaznak beépített politikai preferenciákat, ám ez azért nem érinti azt, hogy a demokratikus politikai csaták napi harcától ne különültek volna el ezek a kategóriák és az ezek által irányított jogi döntések. Ezt takarja le az említett amerikai elméleti irányzat „a jog az politika!”-tézise.

## 1.2. Jogalkotás és jogdogmatika

Mint általános megállapítást le lehet szögezni, hogy a bírák az egyedi esetek eldöntésénél kötve vannak a releváns törvények szövegéhez és ezentúl az e mögötti jogdogmatikai modellek lépésrendjéhez, amelyek menetében a szövegből kiolvassák az adott esetre konkretizált "jogost". Ezen továbblépve most meg lehet kérdezni, *ennyiben van mozgásteret a jogszabályszoveg végső megalkotójának a parlamentben vagy máshol a jogdogmatikai modellekhez képest, vagy ennyiben csak "papírra vetője" az előzetes jogdogmatikai tevékenységben már kialakult mindenkor eredményeknek?*

Történetileg nézve három korszakot különíthetünk el a politikai jogalkotó és a jogdogmatikai-jogtudósi tevékenység viszonyában. A kodifikációk kialakulása előtt a XVII-XVIII században a kontinentális Európa nagyobb részén a jog rendszeres egységesítője és a jogfejlesztés egyik fő hajtóereje a jogdogmatikai szféra volt. A XVIII század végi kodifikációk létrejötte az államhatalom jog fölötti rendelkezésének megjelenését jelenti *formailag*, de tartalmilag ekkor még megmaradt a jogtudósi-jogdogmatikai rendelkezés a kódexek tartalmának kialakításában. Pl. az 1756-os "Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis" mint a "törvényerejű tankönyv" esete fogható fel, a tiszta jogtudósi - ezért a gyakorlati jogtól pedig távoli - eredete miatt. De ugyanígy az 1794-es porosz Landrecht is három jogtudós kizárólagos alkotása volt, de még a XIX. század végi német BGB is - legalábbis első tervezeteiben - jórészt jogtudósi termék volt, az 1907-es svájci polgári törvénykönyv pedig egyetlen jogtudós kizárólagos terméke (Seiler 1989:117-1120).

A politikai jogalkotás tényleges szerepnövekedése csak a XX. század kezdetétől figyelhető meg, és ahol kialakult az egymással szembenálló és a kormányhatalomért folyamatosan küzdő politikai szervezetek rendszere - vagyis a parlamentáris, többpártrendszerű politika -, ott a pusztá jogtudósi-jogdogmatikai tevékenység már elveszíti kizárólagos szerepét a jog területének meghatározásában. A politikus "törvényt hozó" azonban ténylegesen itt is rá van szorulva az előzetes doktrinális-jogdogmatikai tevékenység termékeire, hisz egy rendszerszerűen összefonódó szövedékbe kell belenyúlnia, amikor büntetőjogi, polgári jogi, munkajogi etc. jellegű törvényt alkot, vagy módosít, amelyek bármely érintett része valamilyen közvetettséggel egyeztetve van az adott jogterület más szabályaival.

A modern politikai jogalkotás korában tehát a jogalkotó rá van szorulva a jogdogmatika előzetes eredményeire, míg a jogdogmatikusok - modelljeik pozitív jogba átviteléhez - a politikai jogalkotóra. Nézzük meg ezt a viszonyt két síkon. Először megkíséreljük röviden összefoglalni a jogalkotás és a jogdogmatikai tevékenység strukturális összefüggéseinek egy vázlatát, majd ezután egy konkrét példán érzékeltetni szeretnénk az absztrakt vázlat néhány összefüggését.

A politikai jogalkotás és a doktrinális-jogdogmatikai tevékenység viszonyának megértéséhez előzetesen azt kell jelezni, hogy itt két eltérő funkcionális alrendszer eltérő logikájáról, értékelési szempontjairól van szó, ahol a politika logikája - a parlamentáris-többpártrendszer típusban, amit itt szem előtt tartunk - a "kormányra jutni/ellenzékben lenni" értékpáros körül szerveződik, és az egyes politikai

döntéseket ez határozza meg, míg a jogé a "jogos/jogtalan" értékpáros körül, amelyet egy-egy jogterületen a hatályos jog mögötti jogdogmatikai rend önt konkrétabb formába. E két eltérő logikát kényszerűen közelíteni kell ahhoz, hogy ne a politika logikája uralja el teljesen a jogalkotást, de másik oldalról, hogy ne is csak a tiszta doktrinális-jogdogmatikai tevékenység szabja meg a létrejövő termékeket. E feladat ellátására a stabil nyugati parlamentáris demokráciákban *egy közvetítő jogpolitikai szféra* létrejötté figyelhető meg, amelybe mind a politikai pártok oldaláról jogász-politikusok, mind a tisztább jogi szféra irányából politizálóbb jogászprofesszorok kapcsolódnak be. Jogászegyesületek konferenciáin, folyóirataiban stb. az egyes versengő jogdogmatikai modelleket a társadalmi következményeikre tekintettel szelektálják, és jobban az általános közvélemény elé tárják ezeket - túl a szakmai berkeken. Hasonlóképpen egy-egy párt is saját jogász-szakértőivel igyekszik szelektálni a már nagyobb konszenzussal rendelkező de lege ferenda jogdogmatikai javaslatok közül, és igyekszik a pártprogramjának inkább megfelelő modelleket megtalálni, és beemelni törvényalkotási programjába. Ezzel a kétoldalú közelítéssel a doktrinális-jogdogmatikai termékek egy része bekerül az átfogó politikai viták területére, és a mindenkor törvényhozás parlamenti pártpolitikusi ezek fölött csapnak össze - míg a jogdogmatikus rendszeres-száraz monográfiákba és bírói eseti döntvénytárakba mélyedve egyetemi dolgozószobában vagy felsőbb bírósági eljárások elkészítésénél dolgozik tovább de lege ferenda javaslatok kimunkálásán.

A vázolt kép persze ideális, a politika sok esetben ténylegesen is szuverén törvényhozónak felfogva önmagát, maga kísérli megalkotni a törvényi rendelkezéseket - félresöpörve az ezekre vonatkozó jogdogmatikai javaslatokat. Túlságosan nagy mértékben gyakorolva azonban az ilyenfajta törvényhozást, a jog belső ellentmondás-mentessége széttöredezik, és kaotikussá kezd válni a jog rendszere. Ez pedig politikai problémává válva önkorrekcióra kényszeríti egy idő után az ilyen politikát. Például az ellenzék pártjai jogpolitikusaiknak egyik nagy politikai támadási lehetőségét a kormánypártok ellen épp az ilyen problémák nyilvános pellengérré állítása adja. (Lásd pl. Heiner Geißler egykori CDU főtitkár ilyenfajta támadásait a szociáldemokraták ellen a 70-es évek végén, akik kormánypártként egy sor esetben szembe kerültek az alkotmánybírósággal, és ezt a CDU jogpolitikusa mint a "szociáldemokraták mély alkotmányellenességének bizonyítékát" tudta ügyesen kiaknázni: Geißler 1978:156).

A jogalkotás tehát nem rúghatja fel hosszabb ideig büntetlenül a vonatkozó szabályok mögöttes jogdogmatikai rendjét. Nézzünk meg most egy példát az elméleti büntetőjog irodalmából, amely a jogpolitikai alternatívák és a jogdogmatikai modellek összefüggését jól mutatják. Ez a példa egy olyan új tendenciát vesz alapul a büntetőjog irodalmából, amelyet a német jogirodalomban mint az *"áldozatorientált jogdogmatika"* felé fordulást írnak le.

Az újabb elméleti büntetőjogi irodalomban három olyan nagy jogdogmatikai alternatívát lehet elkülöníteni, amelyek formálták és formálják az elmúlt évtizedek büntetőjogi szabályozását. A legnagyobb konszenzus az elmúlt évtizedekben a büntetőjogi eszközökkel történő generálprevenció és a bűnelkövetők ennek érdekében megvalósuló reszocializálása körül alakult ki. A bűnözők megjavítására tett lépések látványos kudarca, és a szabadságvesztés körülményei között épp ellenkező hatást, bűnözővé-szocializálást elérő büntetőjogi rendszer alternatívájaként két újabb modell felé fordulás figyelhető meg. Az egyik - realitásként elfogadva a reszocializálás megvalósíthatatlanságát - a megtorlást helyezi a büntetőjogi intézményrendszer középpontjába. (Lásd ennek tiszta kifejtését és igenlését magyar nyelven Szabó András alkotmánybírói különvéleményében a 23/1990. AB határozatban.) A másik irányt az *"áldozatorientált jogdogmatika"* irányzata jelenti.

Ez utóbbi alternatíva lényege, hogy a figyelmet elfordítja a "jövőbeni áldozattá

válást" megakadályozni kívánó generálprevenzióról, és a középpontba a konkrét eset áldozatát, ennek sérelmének lehető széles körű orvoslását és ezzel együtt a büntetőeljárásban a konkrét áldozat aktív részvételét állítja (Seelmann: 1990:160-165). Ezzel a fordulattal azonban a hatályos szabályok büntetőjogi dogmatikáját is egy sor szempontból át kell szabni. E fordulat egyik legfontosabb hatása, hogy az elkövető kiegyezése az áldozattal, és az okozott sérelem valamilyen úton való jóvátétele felértékelődik a büntetőeljárásban, és az eljárás befejezését vagy a kiszabott büntetés próbaidőre felfüggesztését teszi lehetővé. Másik irányban pedig az ügyész hatásköre értékelődik le az áldozat és ügyvédje peralakítási jogosítványaihoz képest. További változást jelent az áldozatorientált jogdogmatikára átállás azáltal, hogy így az okozott kár megtérítése, mint önálló szankció kerül intézményesítésre, mint ahogy azt a 80-as évek elejétől Angliában és az Egyesült Államokban be is vezették (Seelmann 1990:162). A büntetőjognak ezt "elpolgárijogiasítását" jelenti az áldozat oldalán az is, hogy így már az esetleges felelőssége, viselkedésének közrehatása a bűncselekmény létrejöttében is fontossá válik. További hatása az ilyenfajta jogdogmatikai alternatívának, hogy az áldozat aktív részvétele a büntetőeljárásban lehetővé és szükségessé is válik. A vádhatóság mellett széleskörű döntési jogokat kap a büntetőper lefolyása alatt az áldozat és ügyvédje. (Pl. az Egyesült Államokban a gazdasági jellegű bűncselekményeknél fontos ez a dogmatikai változás.) Felvetik persze az ezzel foglalkozó irodalomban azt is, hogy az áldozat és a tettes ilyen intenzív szembesülése a büntetőper folyamán kiüresíti az ártatlanság vélelmét, amely pedig csak a jogerős bírói ítélet után teszi lehetővé a tettes személyének végleges eldöntését (Seelmann: 1990: 167).

A jogdogmatika és a jogpolitika viszonyát tehát jól mutatja e három dogmatikai alternatíva a büntetőjogban. Az egyes alternatívák kidolgozása a büntetőjog egészének - anyagi és eljárási területeit egyaránt tekintve - részletes áttekintését és az egyes alternatívák által követelt megoldási modellek kidolgozását követeli meg, amelyet csak koncepcionális átlátási képességgel rendelkező büntetőjogi dogmatikus képes elvégezni. *Jogpolitikai választás* és a hatályoshoz képest alternatív modellre történő áttérés már csak e jogdogmatikai munka lezárása után képzelhető el. Máskülönben az ellentmondó hatások tömege kaotikussá tenné hamar a büntető igazságszolgáltatást.

### 1.3. Logika és értékelés a jogdogmatikában

A jogdogmatika a múlt század második felének német jogi gondolkodásában kapta meg a legtisztább kidolgozást, és innen datálódik a jogdogmatikai munka elterjedt képe is a mai jogászai köztudatban. Ez pedig a *jogdogmatika klasszifikáló-logikai vonásait tette kizárólagossá*, amelyhez kapcsolódóan az ilyen logikai tisztaságú fogalmakon felépülő jogszabályokból történő "szubsumáló" jogalkalmazás képe bontakozott ki. Ezt a jogdogmatika képet láthattuk Luhmannál éppúgy, mint Josef Essernél is, és ez a kép nemcsak elméleti reflexiók szintjén jelent meg, hanem - a pandektista jogtudomány múlt század végi időszakában - mint realitás a működő joganyagot is nagymértékben alakította. A tisztán jogtudósok által szerkesztett kodifikációk e korban mint az alá és fölé rendelt fogalmak, tiszta levezetések egységes rendszerének mintaképei voltak elismertek, amelyek azonban épp ezért a reális társadalmi problémák megoldásához csak nagyon távoli segítséget adtak. (Mikor a német BGB főként Windscheid, a nagy pandektista által készített első tervezete az 1880-as éveiben nyilvánosságra került, a gyakorló jogászok és bírák elszörnyedve észlelték ennek a gyakorlati élettől való távolságát, lásd Larenz: 1979). Mint közismert, ennek ellenhatásaként jött létre a "fogalomjogásztól" való éles distancia a kontinentális jogi gondolkodásban, és a szabadjogi ill. a jogszociológiai irányokba való eltolódás. Ezentúl azonban a harsány elutasítás

nélkül is megfigyelhetők elmozdulások a pusztán klasszifikáló jogdogmatika problémáinak orvoslására.

Az egyik ilyen elmozdulási irányt *Karl Larenz jogelmélete* példázza, aki a fogalmi jogdogmatikát - mint a XIX. század végi dogmatika-verziót - értékelő jogdogmatika felé igyekezett eltolni. Ebben a törekvésében alapvetően a "fogalom", a "típus" és a "generálklauzula" hármas kategóriáinak elkülönítése segíti. Nézzük meg röviden ezeket a fejtegetéseit.

Amennyiben a tényállást - amelyhez a szabály a jogkövetkezményeket fűzi - fogalmi pontossággal igyekszik a jogalkotó rögzíteni, akkor az összes fogalmi jegyet össze kell gyűjtenie, szemben a típusos megfogalmazással. "Egy fogalom a definíciója által oly módon van rögzítve, hogy egy konkrét folyamatra vagy tényállásra mindig "akkor és csak akkor" alkalmazható, ha abban a definíció összes fogalmi jegye jelen van. A típus esetében ez nem áll fenn. A típus leírásában megadott jegyeknek vagy ezekből néhányának nem elengedhetetlen a jelenléte; ezek különböző mértékben lehetnek jelen a konkrét esetben. Gyakran fokozatokra oszthatóak és bizonyos fokig egyik jellemző a másikkal cserélhető" (Larenz 1979: 200). A típusnál tehát nem az egyes fogalmi jegyek a fontosak, hanem hogy *egészben* megfelel-e az előfordult eset a jogszabály tényállásaként rögzített típusnak. Ebből következik, hogy az ilyen jogszabály alá nem lehet szubszumálni az egyes esetet, hanem a bírónak értékelnie kell az adott eset valamilyen típusnak való megfelelését. Másik oldalról a típus jegyeinek példálózó felsorolását és az ebből nyert összképet közelítenie kell a konkrét esethez, hogy eldöntse az odatarozás vagy eltérés kérdését.

Larenz a fogalmi tényállásrögzítéssel szemben a típusok szerinti lazább rögzítésnek ad jobb osztályzatot, mivel a fogalmi pontosságú tényálláselemek esetén az életbeli esetek a legtöbb alkalommal kilógnak a fogalmi jegyekből; jó néhány hiányzik, egy sor további tényleges vonás pedig túlmegy a jogszabály tényállásának fogalmi leírásán. Végül is "látszatpontosság" jön így csak létre, amely alatt a bíró mindig kénytelen "mímelni" az életbeli eset szubszumálhatóságát a merev tényállások alá. Másrészt azonban Larenz jelzi, hogy a típusokban rögzített tényállások egy sor pontosítás után - ami csak a bírói esetek tömegének felmerülése menetében lehetséges - sok esetben el lehet jutni a fogalmi szintű rögzítettséghez is. Így a típusos tényállás rögzítés mint a fogalmi pontosságú rögzítés előfoka is felfogható.

Még tovább megy a "lazítás" a fogalomtól eltávolodva, ha már nem is típusokat határoz meg a jogszabályi tényállás, hanem pusztán generálklauzulákat alkalmaz. Ilyen pl. a "megfelelő határidő", a "fontos ok", vagy a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás között megkövetelt "megfelelő arány"- féle rögzítés a törvényi tényállásokban. Itt a jogalkotó már csak egy absztrakt értékszempontot ad meg, amely minden fogalmi jegytől eltekint, és csak a bírói kazuisztika egy-egy találó pontosítása tud utólag normatív tartalmat adni ezeknek, ill. az általános jogtudat "jogérzetei" biztosítanak némi támpontot ezek alkalmazásához (Larenz 1979: 203).

E triász elemzése után Larenz a pusztán fogalmi - múlt századi - jogdogmatikát az értékelést megengedő típusokkal dolgozó jogdogmatikával igyekszik kiegészíteni. Ezzel a fejlesztési iránnyal a jogdogmatika életidegenségét úgy tudta feloldani, hogy sikerült elkerülnie az ugyanezen okok miatt a jog egész értelmi összefüggésrendszerét elvető szabadjogi és a jogszociológiai iskolák lépését.

Josef Esser más úton igyekszik a jogdogmatika fogalmi verziója és a joggyakorlat által megkövetelt értékeléseket összeegyeztetni. Ő elfogadja a múlt század vége felé kialakult klasszifikáló jogdogmatika képet, *ám ezen túl az értékeléseket a jogi topikába helyezi.* (Esser 1956: 310). Az 50-es évek elején a Theodor Viehweg által felélesztett jogi topikát Esser mint a bírói gyakorlatban kialakult "első fokú

normatív rögzítéseket" fogalmazza meg, mint bírói maximákat, amelyek egyrészt a bíró jogászai szocializációja alapján a jog egészének egymásra vonatkoztató alapelvei, másrészt az eseti igazságosság szerint alakulnak ki. A jogdogmatika - az eredeti fogalmi-klasszifikáló értelemben felfogva - ezután kap szerepet Esser megfogalmazásában mint az elsőfokú normatívák utólagos szelektálója, fogalmi pontosítója és ezzel ezeknek a jog egészének rendszerébe illesztője (Esser 1956: 313- 315). Szemben tehát Larenz kitágított értékelő jogdogmatikájával, itt a jogi topika területére csúszik át az értékelés és a jogdogmatika megmarad a fogalmi rendszerezés területének. Más szóval: a tudós számára leszűkül itt a terep a logikára, és a bíró számára nyílik meg csak az értékelés lehetősége.

Larenz triásza - fogalom, típus, generálklauzula - jó támpontokat adhat az alkotmányos alapjogok dogmatikája lehetőségének feltérképezéséhez is. Ezen a területen a fogalmi pontosítás jórészt elképzelhetetlen, és még a típusok szerinti tényállásrögzítés is csak kis mértékben lehetséges. Alapvetően a generálklauzula ürességében kerülnek be csak az alkotmányba az alapjogok, és az alkotmánybíróság ezek alapján kap megsemmisítési jogot a fogalmi vagy legalábbis típusok szerinti pontossággal kidolgozott egyszerű törvények fölött. A generálklauzulák mindig csak belső, pontosító maximákkal tölthetők ki az alkotmánybírói gyakorlatban a felmerülő esetek bizonyos csoportjai tekintetében, de ezek szélei, kontúrjai mindig vitások kell, hogy maradjanak a későbbi esetek alátartozásának megítélésében. *Az alapjogi dogmatika ezért azt a pontosságot sem érheti el, amit Larenz értékelő jogdogmatikája a típusoknak megad, és - másik oldalról nézve - mindig nagyobb teret enged az ilyen pontosítás is az alkotmánybírók értékelésének.* A logika (kényszerítő következtetések levonása az alkotmány rendelkezéseiből) itt már csak kis mértékben fedezhető fel, és sokkal inkább az alapjogokkal foglalkozó jogászok konszenzusai adják csak a kereteket a mindenkori alkotmánybírói döntések szabadabb értékelései számára. Az alapjogi dogmatika generálklauzulákat "eljogiasító" mércéi, maximái azonban így is valamilyen kiszámíthatóságot adnak az alapjogi bíráskodásnak. Azok az alapjogok azonban, amelyek még az ilyenfajta pontosításnak is ellenállnak (pl. az emberi méltóság sérthetetlenléte, az "egyén mindenoldalú önkifejlesztéséhez való joga" stb.) már túl vannak a jogon, és jogászai konszenzus ennek normatív iránymutatásáról az egyes esetekben nem képzelhető el.

## 2. A jogi topika

A jogtudósréteg vagy ezzel szemben a bírói kar dominálásának történeti okait, ill. ezek jogszabályszöveghez kötöttségének eltérő fokát elemezve az egyes jogrendszerekben hasznos belátásokat lehetett kapni a jog szerkezetének teljesebb megértéséhez. Egy másik irányú megközelítést jelent ugyanehhez a problémához a *topikai és a rendszergondolkodás jogon belüli arányainak elemzése*. A kontinentális jogrendszerek elméleti-metodológiai reflexióiban az 1700-as évek közepére végleg vereséget szenvedett a római jogi gondolkodástól addig töretlenül átvett topikai gondolkodás, majd az ennek poláris ellentétét jelentő fogalmi jogászat uralma alatt a XIX. században szinte feledésbe merült ez a sok száz éves hagyomány. A később a Begriffsjurisprudenz ellen fellépő szabadjogászok vagy a jogi realisták írásaiban sem jelent meg a topikához való visszanyúlás gondolata, mint lehetséges kiút. A végleg feledésbe merült jogi topika legfeljebb néhány külön jogtörténész vadászterületének számított az elmúlt másfél évszázadban már, amikor Theodor Viehweg 1952-ben átfogó elméleti igénnyel ismét kiemelte, mint a jogi gondolkodás dogmatikai-rendszerező fajtájával egyenrangú, sőt sok szempontból annál magasabbrendű stílusát (Viehweg 1953, itt használt 5. javított kiadása 1973-ból). A megjelenés utáni két évtizedben az egyik legtöbbet vitatott munkának számított ez a könyv elsősorban német nyelvterületen, de jó néhány

nyelvre lefordítva befolyásolta a legtöbb ország jogi gondolkodását is (lásd Ballweg 1982: 14). A kötetünkben elemzett szerzők közül Josef Esser és Martin Kriele vitte tovább Viehweg felelevenített topikáját eltérő irányokba. A topika és a jogi rendszergondolkodás középpontba emelése új oldalról mutathatja meg a jog professzionális intézményrendszerének belső aspektusait éppúgy, mint a mindennapi gondolkodásból való kiszakadása határait is. A fejezet e részének központi témája ez, de mivel az elmúlt évtizedekben Viehweg topikai újjáélesztése jórészt kívül maradt a magyar jogelméleti irodalom elemzésein, érdemesnek látszik először röviden összefoglalni gondolatmenetét és a rá vonatkozó főbb kritikákat.

## 2.1. A jogi topika történeti szerepének változásai

Röviden összefoglalva bevezetőként a rendszeres gondolkodás és a topika viszonyát Arisztotelészt kell elsőként említeni. Ő dolgozta ki az apodiktikus (szükségyszerű) következtetés logikáját, majd visszanyúlt a szofisztikusok kedvenc módszeréhez, a dialektikához, a *csak valószínű premisszákon nyugvó érveléshez*. Ezt a topika névvel keresztelte el, és megneemesítve ezt a feszes logikai következtetés általa kidolgozott tanával, mint másodlagos érvelési módot emelte be a topikát logikája felépítésébe. Cicero által popularizálva a római szellemi világ egyik központi eleme lett a topika, az ars inveniendi (az érvtalálás művészete) és ezután sok száz évig, a középkor végéig a jogi és az általános műveltség része volt. A jogi gondolkodáson belül a topikai gondolkodáson nyugodott az 1100-as évektől a római jogot újjáélesztő glosszátorok majd a posztglosszátorok munkája, és csak az 1600-as évek elejétől indul meg ez ellen eleinte szórványos, majd az általános filozófiai és logikai gondolkodáson belül az ekkor az axiomatikus logika irányába végbemenő fordulat után általános ösztűz a jogi topikára. A következő évszázadra a vita a jogi gondolkodáson belül is elintézetté vált, és a filozófiai síkon kialakított feszes rendszeres gondolkodási forma vette át a jogi topika helyét (Otte 1970: 190-194).

Érthetővé válik a jogi gondolkodás sok évszázados vonzódása a topikához, ha felidézzük, hogy Arisztotelész az apodiktikus logikát az igaz premisszák léte esetén tartotta alkalmazhatónak, és épp az élet sok területén ennek hiányában szükséges döntések segítésére emelte vissza a Szokratész és Platón által pedig sokat támadott topikai érvelési módot (Viehweg 1973: 18). Ennek jellemzője, hogy az alapul vett állítások igazsága nem ellenőrizhető le, de az általánosan elterjedt vélemények szerint ezek igazak. Az ilyen "vélekedésszerű" igaznak tartást segítő Arisztotelész igyekezett néhány olyan általános szempontot rendszerezni, amelyek ha apodiktikus igazságra alkalmas premisszákat nem is teremthetnek ezekből, de több-kevesebb fokban valószínűsíthetik ezek igazságát, vagy bizonyos állítások feltehető hamisságát.

Cicero számára ez utóbbi vált fontossá, amikor jogász barátja, Trebatius Testa kérésére megpróbálta számára érthetővé tenni Arisztotelész topikáját. Ez olyan könyv, amivel minden állítást alá lehet támasztani valamiképpen! - mondta barátja kérdésére, amikor az meglátta nála e könyvet). Cicerónál vált a topika "receptgyűjteménnyé", amiben valamilyen megalapozó érvet (pro vagy kontra) minden felmerülő vitához találhatott az ezt elsajátító vitatkozó. Itt már eltűnt a topika korábbi alárendelt szerepe a feszes logikai érvelés mellett, és mint az iskolázott gondolkodás természetes formája vált bevetté (Viehweg 1973: 26).

A topikai gondolkodás alapproblémája, hogy alkalmazott premisszái, tárgyat megközelítő szempontjai nagy mértékben cserélhetőek, és különösen aki jól bedolgozta magát a topikai katalógusokba, egy némileg is járatlanabb vitapartner



előtt - igazi szofisztikus módon - egymásnak ellentmondó következtetések sorozatát tudja produkálni ugyanarra a tényállásra egyszerűen azért, hogy a tárgyra egyformán illő premisszákat cserélgeti. Pl. hogy ma is lehetséges példát említsünk, a jogi logika két szabályát, az "argumentum a simili" és az "argumentum a contrario" tételét említhetjük itt., Ezeket valamikor mint toposzokat alakítottak ki, és polárisan szemben álló irányokba vihetjük velük az érvelést. Egy olyan esetben, amikor egy fő szabály alól kivételeket állapított meg a jogszabály, és egy olyan életbeli tényállás merült éppen fel, amely nem esik a rögzített kivételek közé, hogy a hasonlóság érvét alapul véve analógiával mint új kivételt illesztjük be, de az a contrario érveléssel úgy is érvelhetünk, hogy a törvényhozó kihagyása épp azt akarta jelezni, hogy a fő szabály érvényes itt.

A tetszőlegesség kiküszöbölésére a topikai katalógusok használatánál egy sor kísérlet történt a középkor folyamán. Jellemző ezekre Leibniz késői kísérlete, aki az 1300-as évek elején Raimund Lullus által kialakított "ars combinatoria" továbbfejlesztésével próbálta meg a topikai gondolkodást a feszebb logikához közelíteni, de a topika által használt hétköznapi fogalmak sokértelműsége ezt kudarcra ítélte, és az ennek áthidalására egy precíz fogalmi nyelv kidolgozására irányuló gondolati munka közben, az axiomatikus logikához közeledve végleg elvetette a topikai gondolkodást (Viehweg 1973: 80).

Leibniz után 50 évvel Gian Battista Vico már nyilvánvalóan veszített ügyet képviselt, amikor a Descartes szellemében terjedő "új gondolkodási" formával szemben a "régiek" topikai gondolkodásában rejlő előnyöket hangoztatta. A feszes gondolkodásra törekvő "új gondolkodás" - mondta - olyan igazságokat akar csak elismerni, amelyeket a kétely sem semmisíthet meg, és ezekből aztán apodiktikus kényszerűséggel halad előre. " Az új tanulmányozási mód előnye Vico szerint - amennyiben az alapul vett premissza valóban igaz - ennek pontosságában és élességében van; a hátrányok azonban túlnyomó többségűnek tűnnek, ugyanis az okos belátások elvesztésében, a fantázia és az emlékezet megrövidítésében, az ítélet éretlenségében, röviden: az emberi mozzanat elnyomórításában állnak ezek." A retorikai topika ezzel szemben "...az emberi bölcsességet, az emlékezet és a fantázia iskolázottságát tanítja, és egy tényállás különböző oldalakról szemlélését, azaz egy sor szempont feltalálását biztosítja." (Viehweg 1973: 17). A korszellemmel szemben állva Vico kiemelései hosszú időre nyom nélkül tűntek el, és az apodiktikus gondolkodás előrenyomulása a feszes-rationális észjogi doktrínáknak és az axiomatikus gondolkodási technikáknak kedvezett a szellemi élet minden területén. A Descartes, Spinoza majd Kant által kijelölt úton nem lehetett helye a topikai gondolkodásnak.

## 2.2.A jogi topika újjáélesztése és kritikái

Viehweg 1953-as munkájának elementáris hatása nem is annyira gondolati eredetiségében kereshető talán, mint inkább a merev jogdogmatikai gondolkodás elleni támadási lehetőség egy meghökkentően ismeretlen dimenziójának felmutatásában. Ezek a támadások ugyanis a múlt század második felétől Jheringtől indulóan, majd a különböző jogszociológiai iskolák, a szabadjogi mozgalom, a jogi realizmus stb. oldaláról magát a logikai alapot és a fogalmi jogászat ebben rejlő hátrányait nem kérdőjelezték meg, és a hullámokban mindig újrainduló támadások megismételt érvei a gondolati eredetiséget egyre inkább elvesztették az évtizedek során. *Viehweg ellenérvei ezzel szemben az egész modern kontinentális*

*jogtudomány 200 év óta nem bolygatott alapját kérdőjelezték meg a topika középpontba állításával, és - elfelejtettségét megszüntetendő - történeti rekonstrukciójával.*

Eredeti verziójában Viehweg a jogtudomány egészén belül tagadta a rendszeres dogmatika lehetőségét, és a topikai gondolkodást mint ennek felváltóját vázolta fel. Provokatív-meghökkenítő erejét épp ez a túlzás adta, és ennek nyomán indult meg körülötte a jogelméleti irodalomban a felcsatlakozás, vagy éppen a szembenálló táborba állás folyamata. A jogi gondolkodásba való tartós újra-beépítése azonban azokon a megszelídítéseken keresztül történt meg, amelyek a jogdogmatikai rendszer mellett igyekeztek megtalálni a jogi topika helyét a kontinentális jogok szerkezetében. Jó néhány rövidebb cikkben később Viehweg maga is enyhítette a topikai és a rendszergondolkodás kibékíthetlenségét állító korai tételét (pl. Viehweg 1968), de igazán hatásossá Josef Esser tematizálásában vált a topika beépítése, aki óriási empirikus anyagon monografikusan ábrázolta a bírói kazuisztikából kinövő topikai maximák, parómiák, jogelvek, standardok létrejöttének és ezek dogmatikai átdolgozásának a folyamatát (Esser 1956).

Miután Viehweg már felmutatta a dogmatikai rendszerezés logikai határait a jogban, Esser már ezen az elvi alapon egy sor jogi jelenséget be tudott vonni, amelyek a dogmatikai rendszer néha meglehetősen nagy hézagai között a bírák számára támpontokat adnak, de másrészt ítélkezésük fölött a kontroll lehetőségét is biztosítják. Az említett topikai maximák mellett ilyen szerepet játszanak a standardok. Ezek funkciója "...a norma kialakításának átengedése a bíró számára nem kodifikált értékelve és csak a bírák által kontrollált kötöttség mellett jogon kívüli, de mégis 'objektív', azaz konvencionális mértékek rögzítése mellett, amelyek különböző gyakorisággal fordulnak elő, és változó empirikus bázison nyugszanak." (Esser 1956:150). A "bonus et dirigens paterfamilias", a "forgalomban szokásosan jó áru", a "gondos kereskedő" etc. standardjai jogdogmatikailag kényszerű következtetésre az egyes életbeli esetekben folyékony határaik miatt nem alkalmasak, de amennyiben az életben megfelelő gyakorisággal ezek a típusok megtalálhatóak, annyiban az ilyen standardokon nyugvó jogi szabályozás több mint üres generálklauzulák alkalmazása, és kontrollálhatóvá teszik az ezeket alkalmazó bírói ítéleteket is.

Folytatva a Viehweg-Esser vonalat, Karl-Heinz Strache a standardokat, mint a fogalmi osztályozás melletti típusalkotás technikáját pontosította. A standardok a mindennapi élet *normáltípusaira* utalnak. A fogalmi osztályozás ugyanis a mindennapi gyakorlat egyes jelenségei közötti átmeneteket szükségszerűen letakarja, és a differencia specifikákat rögzítve csak szembenálló oldalukról tematizálja ezeket. A tipológiák ezzel szemben jobban képesek az átmenetek beemelésére (Strache 1968: 23; Teubner 1971: 48). A tudományos gondolkodásban használható *ideáltípusok* mellett a működő jogban a *normáltípusok*, a mindennapi életben reálisan előforduló standardok a különösen fontosak. A kereskedelembe a verseny "tisztességtelensége", a joggal való "visszaélés" határai, az alkotmányjogban újabban központi szerepet játszó mércék, mint az "aránylagosság", a "túllépés" etc., amelyek megsértése pedig alkotmányellenességet alapoz meg, mind ilyen mindennapi élet felé utaló standardoknak tekinthetők. Az alkotmányjogi standardokra Waldemar Schreckenberger még egy pontosabb tipológiát is megkísérelt kidolgozni, és amennyiben egymással szembenálló mércék nyomulnak fel - mint például a jogállamiság elve és a legtöbb esetben épp szembenálló konzekvenciákat megkövetelő szociális államiság posztulátuma -, annyiban az ezek alapján ítélkező alkotmánybíróság *retorikai kompetenciája* erősen kitágul. "A döntéshozó retorikai kompetenciája függ a szituatív problémamegoldásra vonatkozó toposzok diverzitásának fokától." (Schreckenberger 1978: 362). Az alapjogi alkotmánybíráskodásról korábban írtakat itt pontosíthatjuk azzal, hogy a generálklauzulák ürességet jelentő olyan alapjogok, mint az egyenlőségi jog vagy az "emberi méltóság védelme" utólagos pontosítása a

jelzett dogmatikai beszövés mellett főként ilyen standardok kialakítását jelenti egy-egy esetcsoportra. Ezek tágan tartják az alkotmánybíróság "retorikai kompetenciáját", noha az eredeti alkotmányszöveghez képest ezek is pontosabbá teszik az ezeken alapuló alkotmánybírósági ítéletek előre jelezhetőségét.

Elméleti alapossággal megítélésünk szerint Esser nyomán Claus-Wilhelm Canaris dolgozta ki megnyugtatóan a rendszeres jogdogmatika és a jogi topika komponenseit a modern kontinentális jogrendszerek vonatkozásában. Esser a bírói kar adalékát mereven tagadó törvénypozitivizmus és a jogdogmatika ellen hadakozva hajlamos egy sor kijelentésében végtelenül tagadni a jogtudomány rendszerező tevékenységének szerepét a gyakorlati jog működésében. Írásainak néhány helyén, mint elméletének "nem hivatalos" verzióját lehetett megtalálni árnyaltabb álláspontját, és itt a bírói kazuisztika topikai maximái, parómiái, standardjai fölött egy rendszeres jogdogmatikai átdolgozást tartott szükségesnek (Esser 1956: 311-318). A Larenz-tanítvány Canaris ezt tekintette Esser autentikus álláspontjának, és tudatosan erre koncentrálni elvi éllel dolgozta ki a jogdogmatika és a topika viszonyát.

Canaris kimutatja Viehweg újabb törekvéseiről, amelyek a jogi topika átfogó rendszerré építését tartják lehetségesnek, hogy a topika és a rendszergondolkodás között egy minőségi ugrás van, és ennek mellőzése kilátástalanná teszi ezeket a törekvéseket. "Újabb Viehweg védekezik az olyan értelmezés ellen, miszerint az ő támadásai a jurisprudencián belüli mindenféle rendszergondolkodás ellen irányulnának, és kritikáját már kifejezetten a 'deduktív rendszerek' alkalmazásával szemben fogalmazza meg...és kifejezetten összeköti a topikai és a rendszergondolkodást egy 'topikai rendszerré'...Egy ilyen eljárás azonban ellentmondáson nyugszik, ugyanis egy olyan eljárás, amely irtózik a kötöttségektől, amely pusztán csak jelzéseket akar adni, és lényegénél fogva csak a lehető legszűkebben megfogalmazott egyedi problémán, sőt egyedi eseten orientálódik,...soha nem képes az egység és a belső rendszer gondolatának és ezzel a rendszerfogalom alapfeltételének eleget tenni. Viehwegnél ugyanis nem arról a néhány általános elvről van szó, amelyek egy terület egységet konstituálják, hanem ezzel szemben a többé-kevésbé tetszőleges szempontok sokaságáról..." (Canaris 1968:134.)

Érdemes volt hosszan idézni Canarist, mert itt plasztikusan adta vissza a topikai gondolkodás alapproblémáját éppúgy, mint az ennek meghaladására kidolgozott saját elképzelését is. *Ugyanis a toposzoktól az általános jogelvekig terjedő átdolgozási szakaszt tekinti Canaris annak a minőségi ugrásnak, amely révén visszaveri Viehweg támadását az utóbbi két évszázad rendszeres jogi gondolkodása ellen.* Ezen az elvi alapon Canaris a rendszerezett jogdogmatikai elvek hézagai között találja meg a topikai gondolkodás helyét a jog szerkezetében. A dogmatikailag rendszerezett magánjogban így elsősorban a generálklauzulák kitöltésében adnak támpontot, de pl. a dogmatikát sok szempontból nélkülöző alkotmányjogban különösen fontos lehet a szerepe. Jelzi azonban, hogy a topikai támpontadás csak az eljogiasítás elő-foka, és a kontinentális jogokban innen kényszerítő tendenciák működnek a generalizáló-absztrakt irányba való továbblépésre, a feszebb jogdogmatikai rendszer kialakítása felé (Canaris 1968:150).

Hátrányai felől nézve a topikai maximákon alapuló jogszolgáltatást ugyanis a legdöntőbb a feltoluló maximák közötti választás megszüntethetetlen tetszőlegessége. "A topikus számára egy probléma megoldási lehetőségei egyenlő értékű fokon állnak egymás mellett. A topikai gondolkodásmód alapján, amely az érvtálalásból eredve csak a szempontok összegyűjtéséből áll, nem lehet eldönteni, hogy melyik megoldásnak kell előnyt adni." (Diderichsen 1966:703). Pl. egy autóbaleset által okozott kár megtérítésénél a következő toposzok nyomulnak fel: 1. figyelhet az ítélező arra, hogy vajon az autóvezető vétkes volt-e, 2. de állhat arra a

kiinduló alapra, hogy ilyen veszélyes eszköznél, mint a gépkocsi a kártérítésnél nem kell figyelemmel lenni a vétkességre; 3. nem kevésbé hozza be az igazságosság szempontjait, ha az autóvezető és a kárt szenvedett vagyoni helyzetének különbségeit veszi alapul a bíró, 4. de kaphat ez ellen jó érvet "a jog nem ismeri a gazdag és szegény különbségét"- maximából; 5. kérdezheti a bíró azt is, hogy mennyiben volt vétkes a kárt szenvedett maga is a balesetben, 6. közrejátszott-e valamilyen elháríthatatlan behatás a balesetnél; 7. központivá válhat adott esetben a kártérítés megítélésében, hogy biztosítva volt-e a kárt szenvedett; 8. új szempontként bejöhethet az is, hogy az állam felelősségét veti fel az ember azzal, hogy ha ilyen veszélyes eszközök használatát megengedi, bizonyos esetben a károk egy részét is viselnie kell. (Lásd e szempontokat Canaris 1968: 143.) Aki az utóbbi 150 év jogdogmatikai rendszerezésének szempontjait már szocializálta, az persze jól tudja az itteni szempontok közötti választások, kiemelések-alárendelések megoldásait, ám egy topikai maximákon nyugvó jogrendszerben ezek között csak esetileg és így jórészt tetszőlegesen lehet dönteni.

Egy másik oldalról mutatja be a topikai maximák tetszőlegességét és ezek meghaladási lehetőségeit *Gerhard Otte* a komparatív és a klasszifikáló tételek elkülönítésével. Az ember ugyanis sok esetben választhat, hogy egy döntési szempontot komparatív vagy klasszifikáló módon fogalmazzon meg. A klasszifikáló módban megfogalmazás a módja szerint pontosabb, de ha azt akarjuk, hogy átfogóbb érvennyel használható legyen, akkor kénytelenek vagyunk homályosabb fogalmat használni. Ezzel szemben a komparatív megfogalmazás egy-egy tétele *önmagában* nem sok támpontot ad, még ha pontosabb fogalmat is tud használni, mivel a megfogalmazás módja miatt ez nincs lokalizálva. Ám a komparatív megfogalmazás utaló jellege révén *több ilyen tétel összefűzésére nyílik mód, amely alapján aztán kölcsönösen pontosítani lehet az önmagában üres tételeket* (Otte 1970: 195). Otte javaslata így: inkább komparatív formulázású jogelveink legyenek egymásra vonatkoztatva, mintsem tompa fogalmakat használó és e miatt csak látszólag klasszifikáló tételeink. "Nekem úgy tűnik mindezek után, hogy egy mozgó, komparatív tételeket használó rendszer megalkotása sürgősebb lenne, mintsem hogy a problémamegoldás topikai újjáélesztésén dolgozzunk. (Otte 1970: 195). Wilburg jogelvekből álló "mozgó rendszere" itt tehát ismét felbukkant, mint a topika és a merev dogmatikai rendszer közötti helyes középút.

A retorikai jogelméleti iskolához tartozó *Waldemar Schreckenberger* az alapjogi alkotmánybíráskodás döntéseit elemezve tartalmilag hasonló distinkciót dolgozott ki, mint az Otte-nél látható volt. Ő "holisztikus" illetve "topikai-retorikai" értelmezési módként különíti el az alkotmánybírási döntések bizonyos részei mögött álló alapvető megközelítéseket. A holisztikus értelmezés lényege abban áll, hogy ekkor az alkotmánybíráskodás az egyes alkotmányos rendelkezéseket az alkotmány egészében levő "alapdöntések" fényében nézi - hogy melyik tekinthető alapdöntésnek és ezek milyen viszonyban állnak, azt ő dönti el - és az alkotmány egésze adja így azt az értelmi összefüggést, amely kijelöli adott esetben az egyes rendelkezések pontos tartalmát: "...a bíróság...az előírásokat kioldja az alkotmányszöveg kontextusából, és ezeket általános sémává formálva vezeti be ismét az alkotmány értelmezésébe." (Schreckenberger 1978: 172). (Otte koncepciójában ez a topikai maximák átfogóbb komparatív jogelvekké formálásaként jelent meg, amely a laza egymásmellettiégből a Wilburg-féle mozgó rendszer felé viszi el a jogi alapokat.) Schreckenberger ezentúl végigveszi a német alkotmánybíráskodásnak azokat a döntéseit is, amelyeknél a bíróság eltekintett az alapjogok egymásra vonatkoztatásától, és csak a szituatíven alkalmazott maximák alapján alakította ki ezeket (Schreckenberger 1978: 317-363). Az lehet mondani, hogy az alkotmányjogban - szemben a kontinentális jogokban a legtöbb jogterülettel - a dogmatika mellett szinte egyenlő erővel van jelen ma is a topikai gondolkodásmód, és nem csak alárendelt szerepet játszik. Figyelembe véve azonban, hogy az alkotmánybíráskodás és a mögöttük kialakult kommentáló-továbbfejlesztő stábok a jogászságból, sőt az alkotmánybírák tagjainak jó része a bírói karból kerül ki, a rendszeresebb

alkotmányjogi dogmatika domináló helyzetbe kerülése a jövőben valószínűsíthetőnek látszik.

Ez Canaris megoldása, és alapvetően egyet lehet érteni ezzel, azonban a jog egész szerkezetét tekintve ki kell még egészíteni a topikai maximák, iránymutatások *jogalkotási szférában* játszott szerepének jelzésével (Walter 1971:134). Mint már jeleztük, a dogmatikailag rendszerezett jogterületeken a politikai jogalkotás szabadsága nagy mértékben csökken, és lényegében a jogtudományban felállított különböző alternatív szabályozási modellek közötti választásokra szűkül, e modellek eltérő érdekkihatásait mérlegelve az egyes társadalmi rétegekre. E választás csak a különböző politikai platformok és a jogtudomány modelljei között közvetítő *jogpolitika* és az e köré tömörülő politizáló jogtudósok stábjai révén lehetséges. A jogi topika érvei az itteni vitákhoz, a politikus jogalkotók különböző modellek mellé felcsatlakozására, ennek alátámasztására - vagy a másik táborból éppen kritikájához - adnak plauzibilis érveket.

Viehweg topikáját és néhány kritikáját-továbbfejlesztését ismertetve álljon itt lezárásképpen néhány sűrűbben használt topikai maxima. Pl. a "jura scripta vigilantibus" (a jogszabályok az éberek számára íródnak) a különböző elévülési idők szabályozásához adnak egy sor ponton érveket; az "in dubio reo" (kétség esetén a vádlott javára) a büntetőeljárás menetének szabályozásánál ad érveket, vagy a "ne ultra petita" (a bíró nem léphet túl a felek által érvényesített igényeken) a polgári perek szabályozásánál; a "negantis nulla probatio" (aki állítást vitat, nem köteles bizonyítására, hanem csak aki állítja) szintén eljárások szabályozásánál ad támpontokat; "voluntatis vel affectionis aestimatio non habebitur" (nem vagyoni kárt pénzben nem lehet pótolni); "harmadik kárára szerződést kötni nem lehet"; "el nem várható nem lehet követelni"; "de minimis non curat lex" (részletekkel a törvény nem foglalkozik); "contra minorem non currit praescriptio" (kiskorú számára az elévülési idők nem folynak); "prior tempore potior jure" (az időben előbbi jogilag védettebb) etc. (Struck 1971: 21-23; Liebs 1983).

### 2.3. Topika és professzionális intézményrendszer

Átfogó elméleti keretünk szempontjából a topikának a "common sense"-hez, a mindennapi bölcsességhez kötöttsége különösen fontos. E keret felállításánál abból indultunk ki, hogy a jog mint professzionális intézményrendszer belső értelmi egységet alakít ki, és ennek gondozására elkülönült professzionális stábok válnak ki a mindennapi életből éppúgy, mint ahogy elkülönülnek ezek a többi professzionális intézményrendszer értékelési dimenzióitól is.

A topikai maximák a mindennapi gondolkodás és kommunikáció distinkcióit, szemantikáját használják, standardjaik a mindennapi élet tömegesen előforduló normáltípusait (a "gondos kereskedő", a "megbízható hivatalnok" a "gondos családapa"), mércéit (a "kereskedelemben szokásos jó áru" etc.) emelik be a jogi ítékezés alapjául. Az olyan jogi szféra, amely teljes mértékben ilyen maximákon alapszik - szabályai felállításánál és ezek egyedi esetre alkalmazásánál -, nem teszi lehetővé a mindennapi életből való professzionális kiemelkedést, bár a normakialakítás folyamata egy topikai maximákon alapuló jogi szférában már jogra specializálódott stábot előfeltételez. Láttuk, hogy pl. a középkori német jogi szférában ezek a specialisták a Schöffek, majd később az "aktafelküldési" eljárással a gyakorlati jogba rendszeresen bekötött egyetemi jogászprofesszorok voltak, és a jogban járatlan bíró szerepe jó ideig csak az ítéletek felolvasása és a végrehajtás irányítása volt; a franciáknál ezzel szemben a bírák rétegében jelent meg a jogra specializálódott jogász alakja, az angoloknál pedig a barristerek és a közülük

választott bírák együtt adták a jogászi réteget. Ez a jogászi réteg azonban még ebben a formában elsősorban a mindennapi élet *igazságossági* szempontjain orientálódott, és mondta ki ezek alapján ítéletében az adott esetben éppen *jogost*, illetve alakított ki e döntésekhez tapadva egymással laza értelmi összefüggésben levő topikai maxima, standard anyagot.

Professzionális intézményrendszerként a jogi szféra akkor emelkedik ki, amikor a mindennapi gondolkodás eseti igazságossági szempontjai fölött - ezeket absztrakt szintre generalizálva, és a feltoluló topikai maximák közül átfogó összefüggések fényében szemlélve az igazságosság szempontjait, kiemelve a legmegfelelőbbet - dominálóná válik a jogos/jogtalan értékelési dimenzió, és a többi ilyen dimenzió (az ítélet következményeinek gazdasági hatásai, politikai prioritások szempontjai, a tudományos igazság szempontjai etc.) csak *ennek prizmáján megtörve* tudnak hatni. Mint említettük, a jogalkotási szféra ebben a tematizálásban mint a működő jogi szféra és a politikai rendszer (ill. a tudomány, a termelési szféra etc.) közvetítő mechanizmusaként jelenik meg, ahol a jogos/jogtalan dimenzió mellett a többi értékelés is egyenlő erővel jelen lehet. (Dogmatikailag lefedett területen ez a különböző dogmatikai alternatívák közötti választásban állhat.) *Itt* lehet és kell is figyelni különös súllyal a jogos/jogtalan dimenzió túli szempontokra, a működő jogi szférán belül azonban ezek már csak alárendelten játszhatnak szerepet. Ez persze mindig előfeltételezi, hogy a társadalomban csak fokozatos változások mennek végbe, és ezt követi a hatályos jogszabályok és dogmatikai modelljeik ezekhez igazítása. Láttuk ennek elmaradását a múlt század elején létrehozott francia Code Civil esetében és kihatásait, vagy más szempontból a német BGB sorsát az I. Világháborút követő drasztikus változások mellett, amikor néhány generálklauszula vette át helyét, és ezek alá beállva a bírói gyakorlat formálta át a szöveg tényleges tartalmát. Hasonló jelek mutatkoznak most éppen a magyar jogi szférában is, amikor a radikálisan megváltozott politikai rendszerfeltételek hatására ugyanazt a büntető törvénykönyvet polárisan szembenálló vádemelési gyakorlattal alkalmazza sokszor az ügyészség - és tekinti a meglevő szöveget lényegében problémamentesnek - a "társadalomra veszélyesség" üres formulájával manipulálva. Normális körülmények között azonban a modern kontinentális jogrendszerekben a politikai jogalkotás, az átfogó jogdogmatikai rendszerképzés és az ezzel együttműködő bírói kazuisztika több-kevesebb problémával működteti a mindennapi élet diffúz értékelési szempontjai fölé emelkedett és egységesülő jogos/jogtalan értékelési dimenziót a jogszolgáltatásban.

*A topikai maximákon nyugvó jogi szféra ezt a kiemelkedést nem tudja létrehozni, és alapvetően a mindennapi gondolkodás értelmi összefüggései között marad.* Nem módosítja ezt az sem, ha egy országban a jogászi réteg belsőleg zárttá válik, mint ahogy az angol jogfejlődésben megfigyelhető volt. Az angol jogrendszerben hosszú évszázadokig a mindennapi gondolkodáshoz a legszigorúbban kötött jogszolgáltatás dominált, amit csak az utóbbi évtizedekben oldott némileg az átfogó rendszerezésre törekvés. A mindennapi élethez kötöttség ellenére az angol jogásztársadalmat a barristerek céhes szervezetei hermetikusan lezárták a külvilág felé, és utánpótlásuk rekrutációját, ezek jogi képzését, illetve másik oldalról a joganyag "recordokban" rögzítését irányították, és a bíróságok személyi állományának meghatározásában döntő módon részt vettek (lásd Dawson 1968; Allen 1964).

A mindennapi élet értelmi összefüggésein, értékelésein és szemantikáján belül maradó *céhes lezárádás és a professzionális intézményrendszerként kiemelkedés* különbségére épp az angol jogi szférával való összehasonlítás segítségével lehet fényt deríteni. A szocialitás világában a nagy komplexitású társadalmak létrejötte után egyre kevésbé lehet az egyes társadalmi képződményeket *pusztán embercsoportok* alakjában felfogni, bár a mindennapi gondolkodáshoz tapadó reflexiók természetes beállítódásként hajlamosak még a mai kor tudományos elméleteiben is erre a lerövidítésre. Ezek az embercsoportok csak hordozói a szocialitás világa igazi anyagának, az *értelmi összefüggéseknek: szemantikáknak, gondolkodási formáknak,*

*értékeknek, elveknek, ezeken alapuló kognitív és normatív mechanizmusoknak.* Ezek a szellemített formák a szocializációs mechanizmusok révén beépülnek az egyes emberekbe, és motivációs (értékelési, jutalmazási, szankcionáló) mechanizmusok útján ezek személyiségét felhasználva működnek a modern társadalmak intézményrendszerei. De zártságuk már nem az embercsoportok, hanem az *ezeket összefogó értelmi összefüggések rendszerszerű zártságán nyugszik.* Ezzel az elméleti megoldással éppúgy elhatárolhatóak az itteni fejtegetések legmélyebb alapjai a hagyományos társadalomelméletektől, mint ahogy másik oldalról Luhmann radikális megoldásától, aki teljes mértékben kizárja a szocialitás világából az individuumokat. Bizonyos fokig Antony Giddens "kettős kötésű struktúra"-felfogása bukkant így itt is fel (Giddens 1984). A jelen esetben ezzel válik megragadhatóvá a jogi szférán belüli céhes lezáródás elkülönítése az ezen túli értelmi szintű rendszerképződéstől. (Ennek egészen más körülmények között egy másik példája lehet a sztálini társadalomszervezés korszakában a tudományos szféra zártsága, amikor a tényleges tudományos értékelési dimenziót összetörve inkább céhszerű zártság határolta el ezt a szférát a mindennapi élet többi részétől, és átjárás csak az ideológiai-hatalmi szféra felé volt lehetséges.)

A topika dominanciáját egy mai jogrendszerben így mint a mindennapi életből való kiemelkedés egy sajátos torzulását lehet megragadni. Optimális eset ezzel szemben, amikor az értelmi egységet biztosító jogdogmatika kerül domináló helyzetbe, és ennek révén jön létre a jog professzionális intézményrendszerének önálló bináris kódja, a jogos/jogtalan középponti helyzetbe kerülése. A topika ekkor - Esser-Canaris megoldásának megfelelően - ennek előfokaként, az új jogterületek dogmatikai anyagának kialakítását *előkészítő* tevékenységgé válik. Így szemlélve a topikát, beilleszthetővé válik ez egy olyan tipológiába, amely a különböző országok jogi szférájának a mindennapi életből történő kiemelkedését a lehetséges torzulások oldaláról figyeli meg.

Harmonikus kiemelkedést ugyanis csak nagyon ritka esetben láthatunk, és sokkal inkább az egyoldalúságok mutathatók ki a tényleges történeti folyamatokban, ami után csak utólagos korrekciók, az egyes egyoldalúságokat kölcsönös átvételekkel oldó megoldások hozták létre az utóbbi évtizedekre a modern társadalmakban a komplex, több rétegből álló jogrendszereket. Így a német jogi szféra mindennapi életből kiemelkedése - az egyetemi szférába beépítés révén - *túlzottan a tudomány rendszerébe integráltan* ment végbe. A múlt századi német Begriffsjurisprudenz és ennek a szigorúan tudományos jogra való törekvése csak e folyamat legutolsó fázisaként fogható fel. Ennek terméke, a BGB a gyakorlati jogászok számára - absztrakt-generalizált megfogalmazási és szabályozási módja miatt - hosszú évekig problémát jelentett, de különösen amikor e kódex első tervezete - döntően a fogalmi jogászat akkori legnagyobb alakja, Windscheid munkájaként - nyilvánosságra került, még a fogalmi jogászat feszességét csodáló jogtudósok egy része is meghökkent absztraktsága miatt (lásd Gény: 1917b: 544). A tudomány logikáját, szemantikáját és beállítottságát végletekig követő gyakorlati jog az életben alkalmazhatatlannak bizonyult.

Egy másik torzulást jelent, ha a jogrendszer mindennapi életből kiemelkedése *túlzottan a politikai rendszerbe beépülten* történik meg. Ennek jogelméleti lecsapódása a törvénypozitivizmus uralomra kerülése. Viszonylag tiszta megvalósulását a francia forradalom utáni néhány évtizedben lehetett megfigyelni, amit aztán - mint az előbbi fejezetben látható volt - a törvényszöveghez kötöttség "mímélése" váltott fel. A kelet-európai országokban a sztálini társadalomszervezés idején szintén a hatalmi szférába integrált jog modellje valósult meg, aminek jogelméleti lecsapódása itt is egy sajátos szövegpozitivizmus létrejötte volt.

A topikai jogképzésen és jogalkalmazáson nyugvó jogi szféra végül mint a *mindennapi élet értelmi összefüggésein belül maradó, és ott céhszerű lezáródással megszerveződő jogrendszert* hozza létre. Ennek viszonylag tiszta megvalósulását,

mint mondtuk, az angol jogi szféra története produkálta, és csak az utóbbi évtizedekben oldódott ez némileg.

A jogász professzió egyes rétegeinek egymáshoz való viszonya, a domináns szerep eltolódása ezek között így a jogi topika elemzése kapcsán is középponti jelentőségűnek bizonyult. A mindennapi élet fölé emelkedett jogi szféra értelmi rendszerként - és így professzionális intézményrendszerként - csak a jogász professzió belüli rétegek közötti meghatározott konstellációk léte esetén tud megvalósulni. Az egyes jogágakban az egységes jogdogmatika és az ezeket kezelő felsőbbbíróóságok (mint a franciáknál) vagy a jogtudós réteg (mint a németeknél) dominanciája a topikai maximák fölött tudja ezt a legmegfelelőbben biztosítani. A túlzott dominancia azonban a jelzett torzulásokat hozhatja létre.

### 3. Jogászság és jogrendszer

Néhány helyen felbukkantak már az eddigi elemzésekben is a jogászság belső szerkezete és az egyes jogász tevékenységek közötti összefüggések. A jog szerkezetének mélyebb feltárása szükségessé teszi most az ezzel való rendszeresebb foglalkozást. A jog önszerveződését vagy ezzel szemben erősebb politikai alávétettségét döntően meghatározza - az említett "hermeneutikai puffer"-problémakörön túl - hogy a jogászság összerkezetében egy nagy létszámú és belsőleg zárt ügyészi gárda létezik-e, vagy ezzel szemben folyamatos mobilitás jellemző-e az ügyészség és a többi jogász réteg között, ill. esetleg egyáltalán nem alakult ki elkülönült ügyészi szervezet sem, és az ügyvédek látják el ezt a feladatot is. Ugyanígy fontos a bírói kar jogászságon belüli helye, az ügyészi réteghez, az ügyvédséghez és az egyetemi jogászsághoz való kötődésének formái. Következő fontos kérdés az ügyvédi réteg belső szerkezete. Egységes ügyvédi réteg jellemző egy ország jogászságára vagy ezzel szemben osztott ez a gárda, és ha osztott, akkor milyen fokú zártság jellemző egymással szemben az egyes ügyvédi rétegek viszonyára, milyen fokban kontrollálja az állam az osztott jogászság egymástól elzárt rétegeit. Az egyetemi jogászság kérdése az eddigiekben csak abban a metszetben merült fel, hogy milyen hatása volt a jogtudományi-jogdogmatikai tevékenységnek az eddigi történelmi fejlődés során az egyes országok jogrendszerének működésére. (Azaz milyen fokban történt meg mára az egyes jogrendszerek tudományos preformáltsága.) Meg kell még néznünk, milyen lehetőségük van ma az egyetemi jogászoknak a személyes bekapcsolódásra a bírói és ügyvédi tevékenységbe, és milyen gyakorisággal történik meg ez.

#### 3.1. A képzett-professzionális jogász alakja

A jogrendszer elkülönítését a mindennapi élet diffúz értékelési szempontjaitól és egy önálló értelmi rendszerként való működését a képzett jogász alakjának megjelenése és a jogszolgáltatásban való elterjedése hozta létre történetileg. A király vagy a városi önkormányzatok bizalmi emberét jelentő bíró, illetve a peres félnek segítő, azt képviselő prókátor, jogtanácsos (ügyvéd) hosszú ideig még egyáltalán nem képzett jogász egyetlen európai országban sem, és ebben az állapotban a jog és a jogszolgáltatás alig különült el a királyi udvar vagy a városi élet egyéb tevékenységétől. A jog elkülönülésének kiinduló folyamata az európai kontinentális országokban általában azzal indult, hogy a szétszórt szokásjogokból, bírói döntési gyakorlatokból valamilyen formában összegyűjtötték és kódexben rendszerezték a jogot. Városi jogszokásgyűjtemények vagy országos szinten



rendszeresített szokásjogi kódexek, mint a magyar Werbőczy-hármaskönyv létrejötte után már csak alaposabb ismeretek alapján lehetett bírászkodni, vagy hatékonyan segíteni a peres feleket. A laikus és pusztán bizalmi emberekből álló bíróságok és a peres feleket segítő prókátorok a joganyag egy fejlettségi szintje után egyre kevésbé voltak alkalmasak a jogszolgáltatás ellátására. A római jogot tanító itáliai, dél-francia és német egyetemek képzése pedig egyrészt csak egy szűk kör számára tette lehetővé az ide kijutást egy sor kontinentális országból, másrészt ahol csak kisebb részben történt meg a római jog recepciója, és a helyi szokásjogok rendszerezésén nyugodott a jog, ott a római jogból kiképzettek tudása kevés segítséget nyújtott.

A képzett jogász alakjának uralma és a laikusok kirekesztése a jogszolgáltatásból több úton ment végbe a kontinens országaiban. A német területeken, ahol a legtisztábban és a legteljesebben ment végbe a római jog befogadása és a jogszolgáltatás erre alapozása, a jogszolgáltatás professzionalizálódása az alsóbb bírósági szinteken a már ismertetett „aktafelküldési” eljárás kialakulásával és a felsőbíróságok tagjai és ügyvédei sorának jogvégzettekkel feltöltésével indult (Lásd Bónis 1972:110-119). A laikus bírák és az ülnökök felett így az egyetemi jogászprofesszorok kerültek a jogszolgáltatás kulcspozíciójába, vagy a felsőbíróságokon közvetlenül is bíróként bevonva az egyetemi tanárokat, és jogi licenciát előírva az itt eljáró ügyvédek számára. Az 1600-as évek végére, még inkább az 1700-as évek elejétől azonban már minden szinten egyre inkább csak az egyetemi végzettséget felmutatók kaphattak kinevezést bírónak vagy láthattak el ügyvédi tevékenységet a német bíróságok előtt (Králik 1903:162). Igaz a jogtanácsosnál alacsonyabb szintű és csak perelőkészítő feladatokat végző prókátorok végzettségéhez nem kívánták meg az egyetemi tanulmányokat, hanem csak egy gyakorló prókátor mellett, „inaskodva” szerezték meg az ehhez szükséges tudást. Csak kitekintésként kell jelezni, hogy az ügyvédségnek ez a megkettőződése a középkorban általános volt minden országban - így Magyarországon is -, és az alacsonyabb szintű prókátorokra (az angoloknál attorney-kre, később solicitorok-ra, a franciáknál az „avocat”-k mellett a procureur-ökre stb.) azért is szükséges volt ekkor, mert az általános írástudatlanság mellett a felek rendszerint egyáltalán nem tudtak írni-olvasni, és ezért a „jog tudóját” jelentő ügyvédek (avocat, advocat) mellett az alsóbb szintű prókátorok pusztán írástudásuknál fogva képviselték közvetlenül a feleket, artikulálták első lépcsőben igényeiket, és az ügyvédet már ők fogadták, és velük ők mentek a bíróságokra a fél nevében, ahol az már mint jogi igényt formálta tovább az ügyet. Az írástudás általánossá válása és a műveltségi szint emelkedése később már feleslegessé tette ezt a kettős perbeli képviseletet - vagyis a tényleges jogtudó mellett egy puszta írástudó jelenlétét -, és pl. a poroszoknál az 1700-as évek közepén szűnt ez meg, a franciáknál az avocat és az avoué kettősével az 1960-as évek végén szakítottak, és egyedül az angoloknál tartott ki napjainkig a barrister és a solicitor réteg kettébontása, de az ezredvégen már itt is reform indult meg e téren.

A magyar jogszolgáltatásban a hivatásos-képzett jogész alakja csak később tudott domináló helyzetbe kerülni. Nálunk nem volt mód az egyetemek bevonásán keresztüli professzionalizálódásra a bírói eljárásban azért sem, mert az első magyar jogi kar Nagyszombaton csak 1711-től kezdett igazán akadálytalanul és folyamatosan működni. A néhány bíró, aki azt országos bíróságokon vagy a városok szolgálatában a római jogi képzést fel tudta mutatni, csak egy kisebbséget jelentette a jogszolgáltatásban résztvevők között. De a hazai jog amúgy is csak részben nyugodott a római jogi fogalmakon és szabályokon, így képzettségük csak részben volt használható az itthoni jogszolgáltatásban. Az előzetes jogi képzéshez és vizsgákhoz kötöttség először az ügyvédek körében jött létre az 1700-as évek közepétől indulóan, de a bírói poszt jogászképzéshez kötése csak egy évszázaddal

később, 1869-ben történt meg (Varga 1937; Králik 1903:187-207).

Az ügyvédi hivatás zárt szakmává tételére az első lépés 1694-ben történt meg országos szinten Magyarországon, amikor az első országos ügyvédi rendtartást I. Lipót kiadta, és ebben egy ügyvédi eskü („patvarkodási eskü”) letételéhez kötötte a bíróságok előtti fellépést. Az esküt le lehetett tenni a királyi tábla bíránál, a megyei és a városi hatóságok előtt, amelyről egy bizonyítványt kiállítottak, és ezután csak ennek felmutatása mellett lehetett a bíróságok előtt perbeli képviselőként megjelenni. A nagy ellenállás után végül ez átment a gyakorlatba, és 1724-ben az országgyűlés az ügyvédi eskü törvénybe iktatásakor ezt már mint bevett gyakorlatot rögzíthette (1723. 38. tc.), és az első ügyvédösszeírásra, az esküt tettek lajstromozására 1725-ben került sor. Ez az esküt tett és így zárt körre vált ügyvédi kör azonban még semmilyen emelt szintű képzésben nem vett részt: „Akik eljutottak a külföldi egyetemekre, szereztek ugyan elméleti jogi tudást, főleg római- és kánonjogi ismerteket, ennek azonban a hazai joggyakorlatban kevés hasznát látták. Akiknek viszont az utazáshoz nem volt módjuk – s ezek voltak többen - azok a pályát pusztán csak mesterségszerűen, praxisból, egy-egy tapasztaltabb ügyvéd mellé szegődve szereztek meg” (Varga 1937:9). Az 1711-től zavartalanul fejlődő nagyszombati jogi karon, majd 1740-től az egri jogliceumban már rendszeresebb képzést kaptak az itt végzetek, ám ennek elvégzésére még több évtizedig nem volt kötelező a jogszolgáltatás szereplőinek. Az ügyvédek előzetes jogászképzéshez és vizsgához kötését végül az országos központi bíróságok eljárásainak rendszeres szabályozása és az eljárási rend feszebbé tétele kényszerítette ki az 1700 évek második felétől. Hosszú ideig ugyanis lehetőség volt az eljárási hibák utólagos korrigálására az ún. „ügyvédszó-visszavonás”-ra, ám ekkortól kezdve a feszebbé váló eljárási rendben egyre inkább végzetessé vált a képzetlen ügyvéd tévedése. Így a kúriai új ügyvédi rendtartás megszilárdulása 1727-ben már felvetette az ügyvédek előzetes vizsgához kötését, de ennek komolyabb előkészítse csak az 1751-es országgyűlésen merült fel. Ekkor egy bizottságot hoztak létre a magyar igazságszolgáltatás reformjára, és ennek keretében dolgozta ki a bizottság az ügyvédi feladatok ellátásának vizsgához kötését 1764-re (lásd Varga 1937:13-14). Ennek alapján jött létre 1769-ben a második országos ügyvédi rendtartás, és ez már előírta, hogy csak azt lehet ügyvédi eskü elé engedni, akik előtte egy kötelező gyakorlat (vagy tanulmányok végzésének) felmutatása után „a királyi-, a báni-, vagy valamelyik kerületi tábla előtt szakismeretei felől megvizsgáltatván, magát az ügyvédi hivatásra kellően felkészültnek mutatta” (Varga 1937:16).

Ezzel ugyan már vizsgához kö tették az ügyvéddé válást, de még ehhez sem tették kötelezővé a jogi egyetem vagy a jogliceum elvégzését. Aki kiállta a vizsgát, minden formális jogászképzés nélkül ügyvéddé válhatott. Ezt szüntette meg II. József 1785-ben kiadott rendelete „az új törvénykezési rendről”, és ez kimondta, hogy 1786-ól csak az mehet ügyvédi vizsgára, aki előtte „birodalom valamelyik egyetemén illetve akadémiáján a jogi tanfolymot elvégezte, és ezután egy kötelező gyakorlatot is szerzett” (Varga 1937:19; Králik 1903:196). Ezzel az ügyvédi réteg professzionalizálódása végbement, de a bírói kar még csak száz évvel ezután jutott el ide. Ám még ekkor is maradt egy képzettségi rés a bírói kar hátrányára az ügyvédi karhoz képest, mert egyrészt az egyetem után a bírói vizsga némileg enyhébb volt, mint az ügyvédi vizsga, másrészt 1875-ben egy új törvényi rendelkezés - eredeti oka szerint azért, hogy a túl gyorsan bővülő ügyvédi karba bejutást nehezítsék – az ügyvédi hivatás gyakorlását a jogi doktorátus megszerzéséhez kötötte. A jogi doktorátust korábban csak egészen kivételesen szereztek, és csak „tudós jogász” ambíciók esetén merült fel, ám most ezt általános feltételként írták elő. A nagy nyomásnak persze nem tudtak ellenállni az egyetemi professzorok, és végül nem a jogi doktorátus szűkítette be az ügyvédek számát, hanem ez vált tömegessé, és vált formálissá, könnyűvé a megszerzése. Végül az

1900-as évek elején ezt a részben leértékelődött tudást jelentő jogi doktorátust tették általánossá, és minden egyetemet végzett jogász megkapta ezt a címet.

### 3.2. Ügyészség és jogásztársadalom

Az ügyészség a jog fölötti állami rendelkezést mindenképp fölé emelő francia forradalom találmánya, noha a bűncselekmények üldözésének vezetésére és az állami vádhatóság képviselésére már a hollandoknál találhatók kezdeti formák a XVI. században (Reiss 1976; Günther 1973:25). A franciáknál azonban e szerény jogkörű bűnüldözők a XIX. század elejére a jogszolgáltatás teljes személyi állományának felügyelőivé leptek elő: a bűnügyi rendőrség vezetője volt az ügyész, de a bírák, ügyvédek és közjegyzők fölött is felügyeleti joggal rendelkezett (Kintzi 1988:87).

A mai jogrendszerekben nagy eltérések léteznek az ügyészség belső struktúrája, tevékenységi körének kiterjedtsége és a többi jogászréteghez való viszonya terén. Legmarkánsabban a franciáknál maradt meg a zárt és a jog meghatározásában nagy szerepet játszó ügyészi gárda. (Most persze zárójelbe téve a kelet-európai országok elmúlt évtizedeinek jogrendszereit, ahol bizonyos időszakokban az ügyészség döntő módon meghatározta a jogot.). Németországban, ha néhány alapvető szempontból szűkebb is az ügyészség tevékenysége és zártsága is kisebb, mint az a franciáknál látható, ám a politikai hatalomhoz kötöttsége és a jogban játszott jelentős szerepe itt is létező. Az Egyesült Államok mint átmenet értékelhető az ügyészség nélküli jogrendszerekhez, mivel bár elkülönült ügyészi szervezet létezik, de az ügyészek folyamatosan visszaáramlanak a jogászság fő formáját jelentő ügyvédi rétegbe. Végül a franciák poláris ellentétéként Anglia a minimális szerepkörrel rendelkező ügyészség példája, ahol az egyszerűbb büntető ügyekben az ügyvédek látják el - fő szabály szerint - eseti megbízás alapján a bíróságok előtt a vád képviselését is.

A *francia jogászság* kitűnő példáját nyújtja a jog fölötti állami rendelkezés mindenhatóságának. Az állam itt szétdarabolta a jogászságot, és a jogi alapképzés után egy hosszabb bírói-ügyészi képzést vezetett be az ezt választók számára, elkülönítve az ügyvédi képzéstől, a felvehető létszámát és a kiképzés menetét is szigorúan kontrollálva. Így itt már maga az a kifejezés, hogy "jogász" is csak fenntartással használható, mert így alapjaiban el vannak választva az egyes jogász szakmák. Az állam által kézben tartott jogász rétegek közül privilegizált helyzetbe az ügyészi-bírói rétegek kerülnek már azáltal is, hogy itt az egyetemi négy éves jogi alapképzés után az állam az elit "grand école"-ok rendszerén belül létrehozta 1958-ban a "Centre nationale d' judiciaire"-t, amely további 3 évig rendszeres képzést jelent a jövő bírák és ügyészek számára (Zweigert/Kötz 1971: 139).

*Németországban* szintén erős, centralizált és az ügyvédségtől hermetikusan elzárt, ezzel szemben az igazságügyi minisztériumok felé nyitott ügyészi réteg található. Fontos különbség azonban a franciával szemben, hogy itt az elválasztás csak a *teljes jogi képzés* lezárulása után jön létre. Az összes joghallgató, aki lemorzsolódás nélkül elvégezte a jogi egyetemet, az egységes "Referendar"-képzésben vesz részt, ami az egyetemmel együtt 8 éves kiképzést jelent, és a "Referendar"-vizsgák letétele után *teljes jogú jogásszá* ("Volljurist") válik. Minden további gyakorlat és vizsga nélkül rögtön bejegyeztetheti magát ügyvédnek, vagy jelentkezhet bírónak, ügyésznek, vagy mehet közigazgatási jogásznak. Az utóbbi három létszáma azonban már az állam által meghatározott, és a jelentkezők csak egy része tud ide bejutni. Az itteni elválás aztán a németeknél is falakat emel a máskülönből egységesen kiképzett jogászság egyes rétegei közé. Az ügyvédségből nem vezet

visszaút az ügyészséghez vagy a bírói karba, noha formailag semmilyen kellék hiánya nem akadályozná meg az ügyvédek ebben. A bírói kar és az ügyészi réteg között inkább van átjárás, különösen Németország déli területein, Bajorországban fordul elő gyakran (Kintzi 1988: 89).

Az ügyészség centralizált, a felettes ügyész utasíthatja egyedi esetben a hierarchikusan alatta levő ügyészt, és a csúcson az igazságügy miniszter áll. (Pontosabban: a szövetségi hatáskörben eljáró szövetségi ügyészeket - élükön a Generalstaatsanwalt - a szövetségi, a tartományi ügyészeket pedig a tartományi igazságügy miniszter.) Ez az állami hatalomhoz kötött, centralizált gárda így mint az "állam kardja" nyúlik be a jog belsejébe. (A francia mintára létrehozott orosz ügyészséget, a "Prokuratura"-t a múlt században a "cár szemének" nevezték, lenini tökéletesítés után a "forradalom kardja" címmel büszkélkedhetett. Lásd Ehrmann 1976: 63.) A centralizált ügyészségben rejlő közvetlen belenyúlási lehetőségek igénybevételét példázza a németeknél, hogy például néhány éve az egyik tartományi igazságügy miniszter körlevélben felhívta ügyészeit a kisebb értékű lopásoknál a vádemelés mellőzésére - a büntetőeljárás egyik releváns rendelkezésének nagyvonalú értelmezésével -, hogy csökkenjen a bíróságok munkaterhelése.

Az *olaszoknál* az 1970-es évekig - a kontinentális európai országokban található megoldásoknak megfelelően - az igazságügyi miniszternek alárendelt ügyészség létezett, elválasztva a bírói kartól. Am a maffia elleni harc menetében ekkor egyre inkább elkezdték közelíteni az ügyészi jogállást a bírákéhoz, és ugyanakkor el is választották a parlamenti többségi kormányától illetve ennek igazságügyi minisztériumától. Ennek révén fokozatosan egy egységesedő bírói-ügyészi kar jött itt létre az utóbbi évtizedekre (lásd Pokol 2003).

Az *Egyesült Államokban*, mint említettük, elkülönült ügyészi szervezet ugyan létrejött, de az európaiától eltérően elkülönült ügyészi gárda nem alakult ki, hanem a pályakezdő ügyvédek egy kis része pályázza meg a "public prosecutor" vagy a szövetségi szintű "district attorney" posztokat, illetve az ezek melletti beosztott ügyészi helyeket (Reiss 1976: 84). Távol persze a francia ügyész jogászságon belüli elitjellegétől, az amerikai "public prosecutor" pozícióját néhány évig betöltő fiatal jogász általában nem a Harvard-ról vagy a Yale-ről jön, nem is a legjobb bizonyítvány jellemző rájuk, és a néhány éves ügyészkedést inkább csak mint a későbbi, büntetőperekre szakosodott ügyvédi karrier jó ugródeszkáját tekintik. Ami persze maga sem rendelkezik túlzottan nagy presztízzsel az ügyvédi rétegek között, és jövedelemben, külső társadalmi mutatókban egyaránt az amerikai jogásztársadalom alsó régióiban helyezkedik el (Wice 1978: 35). Bizonyos fokig enyhíteni lehet ezt a képet azzal, hogy a szövetségi szintű ügyészségekre a jobb egyetemekről és a jobban végzettek közül is bőven van jelentkező. De maga az összkép - ha az európai ügyészi gárdákkal teszünk összehasonlítást - egy alacsony presztízsű, az ügyvédi réteg alsóbb régióiba folyamatosan visszaáramló ügyészi állományt mutat. Szemben Európával, ahol éppen a bírói kar és az ügyészség között van mobilitás, itt a nagy presztízzsel rendelkező bírák közé bejutás az ügyészek közül meglehetősen valószínűtlen (Reiss 1976: 81). A tagállami ügyészek kötődése is más irányú és nem az igazság-ügyminisztériumok felé történik, mint azt Európában láttuk, hanem az őket megválasztó közösség felé. (Az ügyészeket tagállami szinten egy rövid periódusra éppúgy választják mint a politikusokat.) Így kevésbé egy egységes központi jogpolitika kiszolgálóivá válnak, mint inkább az adott város politikai közvéleményének változásaira rezonálnak. Pl. ennek következménye a látványos bűncselekményekre összpontosított ügyészi munka kialakulása, amely az ügyész számára jó publicitást biztosít. Vagy az ügyészek törekvése az "elítélési mutatójuk" fokozására, mivel a nyilvánosság előtt ezzel tudnak igazán bizonyítani. Az erre irányuló erőfeszítések pedig nagy mértékben elősegítették a "plea bargaining" kialakulását az amerikai büntetőbíráskodásban - ez

terjed most egész Nyugat-Európában -, amelyben az ügyész és a védőügyvéd között egy megegyezés jön létre, és a vádlott beismerése fejében az ügyész az eredeti vád helyett egy alacsonyabb büntetési tételű bűncselekményre, vagy az eredeti vád keretei között maradva az ottani büntetési tétel alsó határának indítványozására vállal kötelezettséget (Wice 1978: 112-114).

Végül *Angliát* mint a csekély szerepre szorított ügyészség példáját lehet említeni. Itt a bűnüldözés teljes mértékben a rendőrségen nyugszik, és a jogi relevancia szemmel tartására (pl. milyen tényekre kell még nyomozást vezetni a sikeres vádemeléshez etc.) ez a szerv alkalmaz solicitorokat - eseti vagy tartós jelleggel. A bíróság előtti vádképviselőre pedig ezek fogadnak fel barristreket, mivel ők az eddigiekben bíróság előtti fellépésre nem voltak jogosítottak. Ebben a megoldásban tehát az állam, mint a bűnüldözésben különösen érdekelt "magánfél" jelenik meg éppúgy barristerrel képviselve, mint ahogy a vádlott is. Persze, ha elkülönített ügyészi gárda csak egészen kis mértékben létezik itt, de a "korona" képviselőre kiadott megbízásokra egy olyan barrister kör lokalizálódása kimutatható, amelyen belül a tagok gyakrabban lépnek fel a vádképviselő funkciójában (Rüschmeyer 1976: 124). Jelezni kell még, hogy újabban itt is létrehozták a "General Attorney" intézményét, de ez csak egészen különösen súlyos bűncselekmények esetén látja el a vádképviselőt.

### 3.3. Az ügyvédi réteg struktúrája

A jogászságon belül az ügyvédi réteg súlya minden országban jelentős, ha másban nem, hát arányukat tekintve. De a common law országokban ezen túl, mint az összes jogi foglalkozás alapja is felfogható, amelyből kiemelkednek-kiválasztódnak (ideiglenes vagy végleges jelleggel) a bírák, ügyészek, közigazgatási jogászok, majd jó részük tér ismét vissza ide. De a common law országok hagyományos ügyvédi dominanciája mellett az utóbbi évtizedekben a kontinentális jog országaiban is robbanásszerű expanzió figyelhető meg az ügyvédi rétegen belül, míg az állam által jobban kézben tartott bírói és ügyészi rétegek csak lassú növekedést mutatnak. A számszerű növekedés mellett különösen fontos, hogy a kontinensen is felgyorsult a nagy ügyvédi irodák kialakulása, amelyek egyre inkább az "ügyvédi piac" fölött domináló szerepet kezdenek játszani (Winters 1990: 236-277).

Az *Egyesült Államokban* a legnagyobb az ügyvédi rétegek dominanciája a jogászságon belül, és itt a legszabadabb az ügyvédség - és a ráépülő összes jogi szakma - az állami kontrolltól. Egy egyetemi jogi diploma birtokában mindenki teljes értékű jogász lesz formailag, és ezután a versengés és a jogi tevékenységek piacának mutatói döntenek arról, hogy a fiatal jogász karriervonala pl. egy magányos irodájában viszonylag kis pénzért büntető perek védőjeként folytatódik, vagy kiterjedt és bonyolult jogi ügyeket elvállaló ügyvédi iroda tagjává válhat, innen - reputációt szerezve - bírói posztra pályázik-e, vagy beszállva az óriásvállalatok jogi képviselőjébe nemzetközi szinten ismert jogásszá válik, esetleg ideiglenesen beszáll a politika arénába kormányzó-, szenátor- vagy képviselőjelöltként. (Ha csökkent is némileg az amerikai politikában a jogászok aránya és dominanciája az utóbbi évtizedekben - 1877 és 1934 között az összes elnök, alelnök és szövetségi szintű miniszter 70%-a volt jogász -, a politikusi posztok betöltésénél még mindig majd felerészben ők adják az utánpótlást. Lásd Eulau 1964: 11.) Az amerikai ügyvédből bármi lehet.

A formailag egységes jogászságon belül azonban a karrier minden lépésénél extrémig hajtott kompetíció érvényesül, és az ebben való sikeresség vagy

sikertelenség pontos felszíni mutatókkal meghatározza a kezdő ügyvéd későbbi lehetőségeit. Már a kiindulópontnál sok mindent lezár vagy kinyit a későbbiek számára az egyetem presztízse, ahová a diáknak sikerült beiratkozni, e presztízis fokától függően. De a tanulmányi előmenetel, az egytől százig terjedő osztályzattal és az objektivitásra törekvő tesztvizsgákkal, további fontos mutatóként biztosít a jogásznak később karriert, vagy irányítja rossz eredmény esetén a jogászság - presztízis, jövedelem és továbblépési lehetőség szempontjából - hátsó soraiba. Domináló szerepet a jogéletben később csak a nevesebb egyetemek jogi iskolájából kikerültek tudnak játszani.

A jog működése szempontjából fontos az elit jogi iskolákból rekrutálódó nagy ügyvédi cégek növekvő súlya. Az Egyesült Államok már az 50-es évek elejétől élen járt a nagy ügyvédi cégek kialakulásában, de a 60-as évektől egyre inkább "megacégek" jönnek itt létre több száz ügyvéd-taggal. A 80-as évek elejére már 250 ilyen "megacég" működött az amerikai ügyvédi piacon, egy sor közvetítő formát felhasználva jó néhány területen betörve a nyugat-európai jogi szolgáltatások piacára is. A fejlődési trendeket meghosszabbítva pedig egy-két évtized múlva néhány ezres taglétszámmal rendelkező 20-30 ilyen jogi cég kialakulása várható, figyelembe véve, hogy a teljes körű nyugat-európai integráció a ma meglévő korlátokat innen is eltávolítja (Gibbons 1990: 284). Mint egy korábbi fejezetben már jeleztük, ez az ügyvédi struktúra a specializálódásnak kedvez, és az egymás munkájára építő ügyvédspecialisták egy-egy ügyvédi irodán belül felnőni képesek a legbonyolultabb jogi ügyek ellátásához, amit egy-egy multinacionális cég nagyobb tranzakciói, esetleges pereit jelentenek, mikor különböző országok jogai válnak relevánssá, és ezeknek legeltérőbb területre eső rendelkezéseit is figyelembe kell venni. Ilyen jogi munka ellátásához olyan széles látókörű és elméletileg képzett jogászsereg van szükség, amelynek szellemi teljesítménye nem sokban különbözik az egyetemi jogászság munkájától. Az amerikai jog fölötti elit-ügyvédi csoportok dominanciája így nagymértékben befolyásolja a jog összerkezetében az egyes jogrétegek súlyponteltolódásait.

A jog szerkezetének vonatkozásában fontos sajátosság még az amerikai ügyvédség óriási mértékben kiterjedt tevékenységi köre. Európával szemben, ahol valamilyen mértékben minden országban korlátozták az eddigiekben az ügyvédek által ellátható tevékenységek körét, az Egyesült Államokban az ügyvéd ott veti meg a lábát, ahol elfogadják szolgáltatásait. Azaz nemcsak az ügyvédi rétegen belül van verseny az egyes hagyományos jogász munkák ellátásáért, hanem a többi professzió területére is be tudnak törni az ügyvédek, és a jogi munkával csak lazább kapcsolatban álló pénzügyi, adószakértői, könyvelési stb. stb. munkákból is nagy részt hasítottak ki maguknak (Blankenburg 1987: 206; Winters 1990: 264-277). Ez a jogász expanzió a jog szerkezete szempontjából azért különösen fontos, mert így a jog bináris kódja, a jogos/jogtalan nem csak a bírósági előszobáktól kezdve befolyásolja a legkülönbözőbb cselekvések, döntések szelekcióit, hanem távol ettől az élet széles területein mint egyik releváns szempont folyamatosan érvényre jut. Ha a jogszociológus azt akarja vizsgálni, hogy a jogi intézményrendszer csúcsain kidolgozott jogász technikák és szabályok papírgognak maradnak-e meg, vagy átmennek a mindennapi élet tömegesen követett rutinjai közé, ezt az ügyvédi expanziót nem hagyhatja figyelmen kívül.

A *német ügyvédi réteg* az egységes ügyvédség másik megjelenési formája az előbb látott amerikai mellett. Itt azonban ez a réteg nem játssza az előbb elemzett bázis szerepet az összjogászság számára. Bár változási tendenciák - és ezek "amerikanizálódást" jelentenek - ebből a szempontból is megfigyelhetők, és az elmúlt évek folyamán egyrészt megduplázódott az ügyvédek aránya az összjogászságon belül (az 1960-as években még épp annyi bírósági volt mint ügyvéd), és a német 120 ezres jogászság felét az ügyvédek adják (Stobbe 1990: 226). Másrészt az utóbbi években növekszik a nyomás a közigazgatási jogászok és az egyetemi jogászság szélesebb körű beengedésére a bírói tárgyalótermekbe ügyvédi

pozícióban. Pl. néhány éve lehetővé vált, hogy a nyugdíjba vonult, volt közigazgatási jogász ügyvédként tovább praktizálhasson, vagy ugyanígy a bajor közigazgatási bíróság az 1980-as években egy döntésében kimondta, hogy az előtte folyó perekben a jogi egyetemek oktatói minden előzetes engedély nélkül elláthatnak ügyvédi feladatokat (Ostler 1987: 265). A bírói vagy az ügyészi pályára kerültek esetében a visszaáramlás azonban továbbra sem lehetséges, az itteni karrier a kezdő ügyész és bíró számára a belső hierarchia lépcsőin felfelé vezet.

Fontos eltérés az amerikaitól a német ügyvédi réteg számára továbbá tevékenységi körének viszonylag erős állami kontrollja. Még mindig élnek azok a céhes jellegű kötöttségek, amelyek maximálják az ügyvédi irodák létszámának felső határát, de ami legfontosabb, a hagyományos jogász munkákon túl tiltják a törvényi előírások az ügyvédek beszállását a joggal csak lazább kapcsolatban álló területeken való tevékenységekbe. (Igaz, viszonzásképpen pedig a többi professzió tagjait tiltják ki ezek a rendelkezések a hagyományos jogász tevékenységekből, míg az expanzív amerikai ügyvédségnek itt is konkurenciát támasztanak a többi professzió tagjainak irodái.) Egy komplexitáson túl problémát jelent a német ügyvédi réteg számára a továbbra is élő reklámozási-hirdetési tilalom. A felduzzadt ügyvédi tömegben pedig a kliensek számára nehéz az orientálódás a reputáció-rangsor felszíni mutatói nélkül. (Az USA-ban 1976-ban egy Supreme Court döntés már lehetővé tette a reklámozást az ügyvédek számára is.)

A kompetíciót és a nagy ügyvédi irodák specializálódó tagjainak domináló helyzetbe kerülését azonban nem csak az állami előírások nehezítik, ezek máskülönben is - ha az elmúlt évtizedek tendenciáit nézzük - leépülőben vannak. A német ügyvédi réteg egyesületeiben észlelhető különösen a "céhes" ösztönök máig élő hatása. A joghallgatók számának felduzzadását a 70-es évektől és az ezt követő radikális bővülést az ügyvédek soraiban, a numerus clausus bevezetésének követelése kísérte, és az "Anwaltsschwemme" (ügyvédi áradat) veszélyeinek ecsetelése évekre lefoglalta az ügyvédek éves egyesületi közgyűléseinek napirendjét. (Az orvosokkal szemben azonban a numerus clausus kiterjesztését a jogi karokra nem tudták az ügyvéd egyesületek elérni, mivel a jogászképzésnél olcsóbb egyetemi képzés nem létezik.) Ugyanez az ösztön lépett életbe az említett közigazgatási jogászokat és egyetemi jogászságot konkurensnek az ügyvédi arénába beengedő döntések nyomán is. Persze létezik egy nyitottabb ügyvédi rétegpolitikai tábor is itt, amely a céhes önvédelem helyett inkább amerikanizálni igyekszik az ügyvédi munka kereteit, és expanzióra átépíteni az ügyvédség tevékenységét. (Lásd Winters 1990-es könyvét vagy az ebbe az ezt sürgető Blankenburg javaslatait: Blankenburg 1987: 204-209.)

Az osztott ügyvédi réteg sajátos esetét adta az eddigiekben az *angol jogászság*. A német jogászság szerkezetétől eltéríti az itteni szerkezetet - az ügyészség hiánya mellett - az egyik ügyvédi réteggel, a barristerekkel összefonódó bírói kar, másrészt az, hogy a solicitor ügyvédi réteg - szemben a némettel - korlátozás nélkül bővíthette tevékenységi körét a hagyományos jogi területeken túlra. Ez utóbbi már napjainkra nagymértékben amerikanizálódott a kompetíció stílusát, az ügyvédi irodák növekvő méreteit és belső specializálódását tekintve (Abel 1989b: 294). Szemben persze az amerikaival ezt a kompetíciót a barristerek elválasztása révén falakkal elkülönítették a szűkebben vett jogszolgáltatástól. Így a barristerek és a solicitorok közötti falak perspektivikus lebontásával, amelyre törekvések vannak, egy sor érdekes fejlemény várható a jövőben az angol jogi szférából.

Az *olasz ügyvédi rétegben* szintén van egy funkcionális kettébonlás a "procuratore" és az "avvocato" ügyvédi réteg elválasztása révén, melynél az első csoport tagjai csak a pervezetés technikai feladatait láthatják el - az ügyfél nevében megteszik a per továbbviteléhez szükséges rutin aktusokat -, az "avvocato"-k pedig csak az eljárás stratégiai kérdéseivel foglalkoznak. "Röviden: míg a prokurátor feladata nem diszkrecionális, hanem eljárási jellegű, addig az avvocato elsődlegesen a szakértő

diszkrecionális hatáskörében jár el." (Certoma 1985: 46). Az angol solicitor és barrister osztottsághoz képest azonban nem véglegesen elkülönített ügyvédi rétegekről van itt szó, hanem az *életkor szerinti megoszlást* használták fel a funkcionális elkülönítésre. Azaz a kezdő jogász procuratore lesz, majd néhány év gyakorlat után átnő az avvocato ügyvédi rétegbe. Az életkor szerint tovább differenciálódik az "avvocato"-k rétege is, és a gyakorlati évek számának növekedése mentén eleinte csak elsőfokú bíróság előtt bejegyzett, majd később fellebbviteli bíróság mellett is fellépésre képes ügyvéddé válik az öregedő jogász. (Míg a teljesítményorientált értékelési mechanizmusok mellett az amerikai ügyvéd viszonylag fiatalon a csúcsra érhet, ha jó egyetemre tudott bejutni és itt maximális teljesítményt mutatnak osztályzatai, addig ennek hiányában az életkora sem menti meg az idősebb jogászt a hátsó sorban maradástól.)

Tevékenységi körét illetően is korlátozott az olasz ügyvédi réteg. Az angol solicitorok vagy az amerikai ügyvédek expanziójának megfelelő fejlődést itt már az is korlátozza, hogy a "dottore commercialiste"-k révén egy sajátos közgazdasági-jogász professzió alakult ki Olaszországban, amelynek elkülönített bejegyzési listái vannak, és az itteni bejegyzés feltételeit az állam pontosan előírta, közgazdasági diplomához kötve, elkülönítve az ügyvédi rétegtől (Certoma 1985: 59). Épp a legdinamikusabb ügyvédi területek (adóeljárási, pénzügyi, könyvvizsgálói etc.) így kiesnek a jogászság területéről.

Az ügyvédi pályának a bírói és ügyészi pályáktól elkülönítése a németnek megfelelően alakult. Formailag erről a pályáról is át lehet kerülni, és a bírói kinevezésért startolni lehet, de a tényleges gyakorlatban ez szinte példa nélküli. Az egyetem elvégzése után így itt is a jogászság kettéválása jön létre az ügyvédi másik oldalról a bírói-ügyészi rétegek között. A bíraktól elszigetelt ügyvédség felé inkább az egyetemi jogászság nyitott. Az olasz egyetemi jogászok igen nagy része ugyanis egyben ügyvédi tevékenységet is folytat. Sokszor az egyetemi professzori tekintélyt is az ügyvédi pályán elért siker alapozza meg (Ranieri 1998:10).

*Franciaországban* szintén osztott ügyvédség volt a jellemző a 70-es évek elejéig, az "avoué"-k és az "avocat"-ok rétegeivel. Nem is életkor szerint, hanem teljes személyi kör elválasztással, és nagyjából az előbb látottak szerinti feladat megosztással, amelynél az "avocat" mint a jog "primadonnája" csak a bíróság előtti fellépést látta el, az "avoué"-ra hagyva a pervezetés technikai részleteit (Ancel 1976: 23). Az egységesítés ellenére sem jött létre ténylegesen az egységes ügyvédség, mert az avocat-ok mellett ma is létezik a "counsel juridique" csoportja nagyjából megfelelően az olasz "dottore commercialiste" funkcióinak, a gazdasági-pénzügyi területekre szakosodva, és ide behatolni nem lehet az ügyvédeknek (Winters 1990: 248). Hasonlóképpen további belső osztottságot jelent a francia ügyvédi rétegben a közjegyzői csoport éles elkülönítése. Ezek pedig - különösen vidéken tradicionálisan kialakulva - úgy működnek, mint általános jogi tanácsadók a magánélet legkülönbözőbb területeinél. Hasonlóképpen, mint az ügyvédek, ezek is magánpraxisban tevékenykednek, irodát fenntartva egy sor segéddel.

Az így szétszabdalt jogász magánpraxis területei mind szoros állami felügyelet és szabályozás alatt állnak, ugyanígy a bejegyzés az ügyvédi, közjegyzői etc. listákra csak államilag ellenőrzött és maximált létszámban mehet végbe. (Általában az igazságügyminiszterre tartoznak az e körüli engedélyezési jogok.) Expanzió, szakosodás, államtól független kompetíció így már kiindulópontban el van fojtva. Teljesítménykülönbség mérése a kompetitív államvizsgák dolga, melyek a jogi pályák egyes szakaszainál éppoly sűrűn alkalmazottak, mint ahogy a francia társadalom minden szegletében megtalálhatóak.

Alig 23 ezer jogász volt Franciaországban 1980-ban összesen, ebből 15 ezer avocat, közjegyző és "conseil juridique", míg hasonló lakosságlétszám mellett Angliában ekkor 45 ezer solicitor (és 4 ezer barrister), az olaszoknál szintén 45 ezer volt az



ügyvédek száma, mint nagyjából a németeknél is (Lewis 1986: 81). Pedig, mint láttuk, céhes korlátozási ösztönök itt is működtek.

A franciáknál így tetőzik a jogászi professzió szétszabdaltsága. Itt nem lehet az ügyvédséget a jogászság alapfolyamának tekinteni, amelyből kiemelkednek a többi jogászi csoportok, majd visszaáramlanak belé. Külön bejegyzési listákkal, kontingentált létszámmal, külön iskoláztatással és vizsgarendszerrel, amelynél nincs visszaút, átváltási lehetőség a francia minta a kiindulópontban látott amerikai modell poláris ellentétét jelenti. Mozgás persze itt is van, mert a 70-es évekig még rosszabb volt a francia jogászság helyzete - az előbb jelzett létszám már egy megduplázódást foglal magában a korábbi néhány évhez képest. Másrészt az 1980-as években a francia ügyvédegyesületek (különösen a kompetíció-párti Párizsi Ügyvédkamara) radikális reformterveket tudtak a kormánnyal elfogadtatni, amelyek a falak lebontását célozzák (Winters 1990: 248).

### 3.4. Bírói kar és jogászság

Ha az ügyvédi réteget annak a közvetítő közegnek lehet tekinteni, amely a modern nyugati társadalmak nagy részében "széthordja" a jogot, és az élet mindennapi szituációiban professzionálisan kézhez tartja a többi értékelési szempont mellett a mindenkor jogos/jogtalan szempontjait - míg Kelet-Európában a sztálini társadalomszervezés idején közigazgatási utasítások hordták szét a jogként kiadott hatalmi akaratot, és döntően a kiterjedt ügyészség a köré épített gazdasági és egyéb rendőrséggel ellenőrizte ezek érvényesülését -, tehát e közvetítő "médiüm" mellett a bírói kar mint a mindenkor érvényes jog letéteményeseként fogható fel. Hogy a papírra lefektetett jogszabályok (amelyek már maguk is egy sor előzetes jogdogmatikai, jogpolitikai, majd direkterben politikai szelekciós tevékenység termékei) milyen formában kerülnek át az eseti bírói döntésekbe, azt döntően meghatározza a bírói kar kötődése, kialakult tevékenységi jellemzői és viszonya az ügyvédi praxishoz, egyetemi jogászsághoz ill. a politikai rendszer aktoraihoz, nem utolsósorban az egyes bírák szociológiai függésének foka a politikai testületektől, igazságügyi igazgatástól vagy a belső bírói öngazgató testületektől. E szempontokat szem előtt tartva különböző típusokba lehet sorolni az egyes országok bírói karait.

Az angol bírói kart jellemzi legnagyobb függetlenség a jogászságon túli erők irányában, ezen belül pedig - erősen izolálódva az egyetemi jogászságtól - az igazságszolgáltatásra korlátozódott barrister ügyvédi rétegekkel fonódik össze. Ennek következménye a már elemzett szituációra konkretizált esetjogi jelleg az angol jogban, másrészt *ez a jogszerkezet fékezi a jog expanziójának mértékét az angol társadalomban*. Az állami-politikai testületek "statute law"-ja révén persze ez az expanzió itt is létezik, de a jog magvát jelentő "bench" és a "bar" (bírói kar és a barristerek tömbje), mint egy enklávé a jog közepén, fenntartotta elkülönültségét az állami-politikai testületek jogától.

Az amerikai bírói kar szintén az ügyvédi rétegbe ágyazódik, de itt ez egy expanzív, állami kontrolltól és céhes osztottságtól teljesen mentes réteget jelent. Továbbá itt a bírói döntési tevékenység az alapvető precedensorientáltság mellett az egyetemi jogászság absztraktabb jogdogmatikai kategóriarendszerén, jogelvi kidolgozásain is orientálódik. Ennek egyik mutatója, a felsőbírói ítéletek rendszeres jogirodalmi álláspontokra reflektálásán túl (lásd Kötz 1973, 1988), a tagállami és a szövetségi legfelső bíróságok személyi összetétele is, amelyben a korábban hírnevet szerzett egyetemi jogászprofesszorok mint egyik kiválasztási bázis jönnek számításba. Az amerikai bírói kar utánpótlása fő szabály szerint az ügyvédi rétegből, ill. mint

említettük, legfelső bíróságok esetén az egyetemi jogászok közül is történik. Kiválasztásuk azonban egy politikai szűrőn megy keresztül azért, hogy a tagállami bírakat vagy közvetlen választással az állampolgárok választják, vagy az adott tagállam törvényhozó testülete, néhány helyen pedig a kormányzó nevezi ki őket. A szövetségi bírakat az Egyesült Államok elnöke nevezi ki, és amíg a tagállami bíróságok bíráit periódusonként újraválasztják, addig a szövetségi szinten egy egész életre szól a bírói kinevezés, és egy sor garancia védi a bírói függetlenséget (Abraham 1980).

A politikai kiválasztás nem is az igazságügyi igazgatástól vagy a politikai testületektől jelent függést az egyszer már kinevezett bíró számára, inkább a szelekciónak ez a módja maga jelent egy olyan meghatározást, melynek révén *a kiválasztott bírák közé nagyobb valószínűséggel kerülnek a társadalmi-politikai kérdésekre rezonáló és így is hírnevet szerzett ügyvédek, egyetemi jogászprofesszorok*. Ilyen pozícióba általában az kerül, aki hosszabb és sikeres jogász pályát már befutott, de e szélesebb körből előnyt azok élveznek (különösen a legfelsőbb bírósági kinevezéseknél), akik mögött korábbi közéleti szereplés áll (Abraham 1980: 233). Ezen persze inkább jogpolitikai kérdésekben való szereplést és nem ettől független politikai fellépéseket kell érteni.

A német bírói karban az ügyvédi rétegtől elvágás mellett egyrészt felerősödik az egyetemi jogászság felé kötődés, másrészt a politikai szféra felé kötődésnél egy akcentusváltással itt inkább az igazságügyi igazgatás lép előtérbe. A német jogászságon belül az egyetemi jogászok tradicionálisan nagy befolyásáról már többször szó esett, így ezt itt a bírói kar vonatkozásában csak ismételni lehet. Az olasz bírói karnál, noha az egyetemi jogászok felé zártak, a bírói karrier alakulásánál egyik jelentős tényező volt a közelmúltig a bírák tudományos dolgozatírási tevékenysége. A csúcsra feljutó olasz bírónak rendszeres értekezések készítésével kellett bizonyítania a jog átfogó kategóriarendszerének elsajátítását és biztos kezelési képességét (Federico 1976: 120). A 60-as évek végén egy reform melléktermékeként ugyan ez a követelmény már eltűnt, de a kialakult bírói kultúrában a hosszú hagyományok miatt ez máig élő. A reform maga a bírói előléptetéseknél a felsőbb bírói önkormányzati testületek mérlegelési jogkörét igyekezett szűkíteni a bírói függetlenség fokozása céljából, és az életkor növekedésével együtt járó automatikus előléptési rendszert valósította meg. Noha ez csak címben és jövedelemben történő előléptetést jelent az esetek többségében, lévén a legfelső bírói helyek száma természetesen korlátozott. Mindenesetre formailag ma már minden olasz bíró pályája végére a legmagasabb bírói fórumot jelentő Kasszációs Bíróság szekcióvezetői címéig és jövedelméhez juthat el (Federico 1976: 127).

A francia bírói kar képe már kirajzolódott a többi itteni jogászréteg elemzéséből. Elvágva a jogászság magánpraxist folytató részétől, de ugyanígy jórészt az egyetemi jogászságtól is, az ügyészi réteggel közös kiképzést nyerve a francia bírói kar belülről erősen oligarchizált. (Az olaszoknál is e probléma kiküszöbölésére jött létre az említett reform.) Technikailag egy sor per-előkészítési feladatot levesz a bírák válláról a "greffier"-ek személyzete, akik jogilag alapfokon kiképzettek, és ezekben a feladatokban önállóan járhatnak el. Büntető ügyekben további mentesítést jelent a bíró számára a ténykérdések vizsgálata alól a vizsgálóbíró ("juge d' instruction") tárgyalás előtti tevékenysége, amelyben a tanúvallomások felvétele és a bizonyítás jó része már megtörténik, és így a bíró előtt csak jegyzőkönyvi felolvasásban történik meg a tények exponálása. A bíró ezáltal a ténykérdések feltárásának technikai feladataitól nagyrészt mentesítve van, és csak a jogi kérdésekben kell már döntenie (Ancel 1976: 28; Heitmann 1988: 97.)

### 3.5. Egyetemi jogászság és gyakorlati jogászok

Az egyetemi jogászság gyakorlati jogba kapcsolódásának elemzésénél már kiindulópontban érdemes feleleveníteni a különbségeket az egyes országok között abban a tekintetben, hogy milyen típusú egyetemi jogászokról és milyen mértékben absztrahált-generalizált gyakorlati jogról van szó. A *német jog* szabályanyaga, bírói döntési stílusa máig hatóan őrzi a valamikori "professzori jog" eredetét, és ebbe a gyakorlati jogba visszkapcsolódni az egyetemi jogásznak nem sok eltérést jelent egyetemi tevékenységéhez képest. Az *olasz jog* történelmi hagyományai, de a múlt századtól - a francia Code Napoléon és az ezzel együtt átvett "exegétikus" törvénypozitivizmus rövid intermezzója után - a német pandekta jogtudomány mindent elsöprő hatása is az itteni jog alakulására, szintén közel hozta a gyakorlati jogot az egyetemi jogdogmatikai tevékenység műveléséhez. A *francia jog* esetében - mint egy korábbi fejezetben látható volt - a rendszerező egyetemi jogtudomány csak a bírói kar képviselői által megszürtlen alakíthatta mindig is a gyakorlati jogot. Az *Egyesült Államok* jogrendszerében egy-egy periódusban formálni-generalizálni tudta az egyetemi jogászság a gyakorlati jogot, de itt maga ez a jogászság alig emelkedett ki a gyakorlati jogból, és csak egy kis töredéke volt európai értelemben vett jogtudósoknak tekinthető. (Pl. az 1930-as évekig a kisebb amerikai egyetemeken jogi iskoláiban szinte kizárólag ügyvédek tanítottak mellékállásban, némi plusz jövedelemre szert teendő.) Az utóbbi évtizedekben ez a kiemelkedés persze végbement, és a gyakorlati jog rendszerezésére-felemelésére is tendenciák mutatkoznak. Végül az *angol jogban*, ha némi oldódás tapasztalható is az 1900-as évek közepétől, de az egyetemi jogászok gyakorlati jogra való hatása jórészt hiányzott az eddigiekben. Angliában az előzetes egyetemi jogi képzés csak az 1950-es évekre vált kötelező előfeltétellé az ügyvédi képzéshez, amit az országos ügyvédszervezetek szerveznek, és a bírói kinevezéshez az ügyvédek köréből történik. Pl. a második világháborút követő évek híres "Law Lord"-ja, Lord Denning még matematikát végzett az egyetemen (Ranieri 1998:14).

Ez tehát az összkép, és annak az oldálnak a jelzése, hogy az egyes országokban, milyen mértékben tudományosan preformált a jog, így milyen mértékben alkalmas az egyetemi jogásznak ma visszkapcsolódni ebbe.

A *német egyetemi jogász* gyakorlati bekapcsolódásának így a jog minősége oldaláról tekintve jó esélyei vannak. Fokozza ezt az esélyt az is, hogy a legvégső államvizsgákat is beleértve teljes körű jogázképzést kap ő is, éppúgy mint minden leendő bíró, ügyvéd, ügyész. Egy részük a végzés után néhány évig gyakorlati jogász munkát is végez, és csak ez után válik egyetemi jogásszá. Jelenleg ez az arány 20%, és ez egy hosszabb ideje tartó csökkenő tendencia mai végeredményét jelenti (Klaus 1981: 151). Ekkehard Klaus 1978-as empirikus vizsgálata szerint a német egyetemi jogászok 43%-ának van valamilyen mellékfoglalkozása, amelyben bírónaként (12,3%), ügyvédként (3%), ügyvédi tanácsadóként (1,5%), gazdasági testületek, egyesületek jogászáként (13,8%) tevékenykednek (Klaus 1981: 161). Külön kiemelve, hogy különösen a felsőbíróságok csúcsainál gyakori, hogy nagy reputációt szerzett egyetemi professzorokat neveznek ki bírónak. A bekapcsolódás másik folyamatos formája a peres eljárásokban jogkérdésekben történő *szakvéleményadás*. Ezt a formát már a múlt század végétől megtalálhatjuk a német egyetemi jogászoknál, mint a korábbi több száz éves "Aktenversendung" (a bírósági ügyiratok egyetemekenhez döntésre felküldésének) gyakorlatának utódát. Az itteni jövedelem pedig az egyetemi fizetések többszörösét teszik ki, különösen a nagy nevet szerzett egyetemi jogászprofesszorok esetében. Persze jó néhány esetben a tudományos ethosszal nehezen összeférhető olyan gyakorlat is kialakul ebből, hogy egy tanszékvezető professzor gyakorlatilag leáll végleg a tudományos munkájával, és szakvélemény-készítésre építi át a tanszékét az ennek ellátására kikeresett

asszisztenseivel együtt, amely így ténylegesen mint "tanszéknek maszkírozott ügyvédi iroda" kezd funkcionálni (Klausá 1981: 158).

Az *amerikai egyetemi jogászság* még nagyobb arányban kapcsolódik be a gyakorlati jogász funkciókba. (Igaz, mint láttuk ez abból is fakad, hogy itt a közelséget nem annyira a gyakorlati jog eddigi "jogtudományosítása", mint inkább az egyetemi jogászság csekélyebb fokú kiemelkedése a gyakorlati jogból biztosítja.) Mindenesetre 1978-ban Klausá felmérései szerint az egyetemi oktatók 72,4%-ának volt rendszeresen üzőtt jogász mellékfoglalkozása, és ezek fele mint ügyvéd igyekezett kamatoztatni egyetemi ismereteit (Klausá 1981: 160). De ezentúl is a legkülönbözőbb kormányhivatalokban, szakértői bizottságokban az egyetemi jogászprofesszorok iránt nagy a kereslet. A jog meghatározása szempontjából fontos, hogy a szövetségi szintű és a tagállami legfelső bíróságoknál a bírói kinevezések egyik bázisát jelentik a nevet szerzett jogászprofesszorok.

A *francia* jogrendszer esetében sajnos nem találtunk adatokat ebből a szempontból, csak a jogászképzés itteni struktúrájából lehet néhány következtetést levonni. Mivel a francia jogászképzés csak alapfokon egységes, és ezután többéves elkülönült bírói-ügyészi, ill. ügyvédi képzés következik, a visszakapcsolódás ide eleve csak egy-egy pálya felé irányulhat. A merev francia bejegyzési miatt és a minden bejegyzés előtti kemény kompetitív vizsgarendszer ismeretanyaga révén - melyek speciálisan az adott jogász szakma részleteire szabottak, és az egyetemi jogász munkájához csak korlátozott mértékben felhasználhatóak - nem valószínű a nagyobb fokú visszakapcsolódás a gyakorlati joghoz az egyetemi jogászok között.

Legszürkébbek persze az *angol egyetemi jogász* perspektívái a gyakorlati jogba bekapcsolódásnál. Ez a jog még ma is oly távol van a rendszeres elméleti jogász gondolkodásától, hogy amennyiben az egyetemi jogász ebbe belemerül, akkor elveszti a tudásra jellemző generalizáló-absztraháló képességét, ha pedig nem teszi ezt, akkor - legalábbis az angol jog vonatkozásában - *jogtudósnak* nehéz nevezni. Úgy tűnik, hogy ezt a jogot és a zárt jogász professziót magát kellene az angol egyetemi jogásznak szétzúzni ahhoz, hogy közelebb férhessen hozzá. És tényleg ez volt az egyik fő tevékenysége a gyakorlati jog vonatkozásában az elmúlt 30 évben, különösen a tradicionális angol zártságokat oldani igyekvő Munkáspárt kormányzata idején. Ahol reformbizottságok jöttek létre a kormányzat mellett az egyes jogintézmények vagy a jogász professzió egyes formáinak állami segédlettel történő változtatására, ott mindenhol szép számmal megtalálhatóak voltak az egyetemi jogászok is (Wilson 1987: 842). Bírói kinevezés azonban elérhetetlen maradt számukra. Még ma is érvényes az ellenséges és részben lenéző beállítódás a gyakorlati jogászok részéről feléjük, amit az 1940-es években az akkori lordkancellár, Lord Simon így fogalmazott meg: "Én nem szeretném a bírói kart olyan emberekkel telezsúfoltnak látni, akik bár kétségkívül szörnyen tanult emberek lehetnek, de teljes elzártágban élnek, a világgal való minden kapcsolat nélkül" (Idézi: Glasser 1987: 697).

Az angol egyetemi jogásznak így bekapcsolódási lehetőségként a politikai kormányzat melletti reformbizottságok tagsága és az egyes törvények előkészítésében részvétel marad. Az utóbbinál persze korlátot jelent a már elemzett angol szószerinti törvényszerkesztési gyakorlat, amely csak kis mértékű generalizálásra ad alkalmat. Így a specifikus képesség, ami az egyetemi jogásznak fölényt ad a gyakorlati jogással szemben, itt is csak nehezen kamatoztatható. Mindenesetre, ha e csekélyebb lehetőséget strukturális helyi értékkel akarjuk megfogalmazni, akkor az *angol egyetemi jogász jogpolitikusi szerepkörben való bekapcsolódásáról* beszélhetünk, míg az amerikai és a német jogrendszerben a bírói kar csúcsein is bekapcsolódhatnak az egyetemi jogászság tekintélyesebb tagjai.

#### 4. Jogpolitika és jogrendszer

Egy jogállamban a politika számára elengedhetetlenné válik céljai átviteléhez a jogrendszer felhasználása éppúgy, mint az alkalmazkodás a jogi szférán belül kialakult szabályozási modellek alternatíváihoz, a jog sajátos fogalmi apparátusához, kategóriakészletéhez, hisz valamilyen formában a jogon keresztül kell hatolnia e célok társadalmi realizálásához. Ez a kapcsolat a legkülönbözőbb mechanizmusok révén valósul meg, így itt csak néhány olyan területet emelünk majd ki, amelyek valamilyen formában a legtöbb országban megtalálhatóak. Ezek előtt azonban elemezni kell a jogpolitika egészének elhelyezkedését és viszonyát a jog többi rétegéhez, illetve az egyes jogkoncepciók kihatását a jogpolitika határainak körvonalazására.

##### 4.1. A jogpolitika és a jog rétegei

A különböző jogkoncepciókban eltérő terjedelemben jelennek meg az egyes jogrétegek, és az összes jogréteget csak a kivételesen komplex jogelméletek tudták tematizálni. A jogpolitika határainak kijelölésénél éppilyen meghatározó szerepe van az egyes jogkoncepciók iránymutatásainak. Pl. a törvényt pozitivisták, montesquieu-i jogkoncepciónál a jogot kizárólagosan meghatározó parlament és az ehhez szorosan kötött bírói kar elképzelése miatt *jog-politikáról* - elkülönítve a politika többi területétől - nem is lehet beszélni. A bírói jog koncepciója esetén szintén kiemelés nélkül maradhat egy önálló területtel rendelkező jogpolitika, mivel a jogfejlesztés egészéből eltűnik itt a politika és a parlament meghatározó szerepe. A komplexebb jogelméletek közül továbbá hangsúly nélkül marad a jogpolitika, ha a bírói kazuisztika és a jogdogmatika közötti viszonyt emeli a középpontba, és a politikai törvényhozás felé a jog meghatározásának lehetőségét lezárja. Az itteni kötet elemzéseinek szempontjából azért vált fontossá a jogpolitika körvonalazása, mert Josef Esser érveit a jogfejlesztés bírói kazuisztikára és jogdogmatikai tevékenységre alapozása kapcsán meggyőzőnek találtuk, de Karl Larenz elemzéseivel ütköztetve ezt, majd az összeillő elemeket a két elméletből szintetizálva, a politikai törvényhozás szükségszerű beemelése egy többretegű jogkoncepcióba nyilvánvalóvá vált előttünk. Vagyis Larenz-ot Esser-rel korrigálva - és Esser elemzéseit Larenz-éval - spontán módon mutatkozott meg egy olyan fehér folt, amelyet jogkoncepciójából eredően egyikük sem tematizált - és ez a jogpolitika területe.

Érdemesnek látszik itt az így nyert jogpolitikai szféra határait összevetni *Ota Weinberger* jogpolitika elemzéseivel, mivel Weinberger jogkoncepciója különös fontossággal emelte ki a jogpolitika területét. De már itt jelezni kell, hogy az általunk alapul vett jogkoncepció eltérései révén jórészt máshol látjuk meghúzóhatónak e szféra határvonalait. Weinberger a jogi szféra területén belül a *de lege lata* és a *de lege ferenda* jogi érvelések között húzza meg a fő határvonalat, melynél az első a szűkebb értelemben vett normalogikai elemzések tárgyait jelentik, és lényegében a szubszumálás logikája jellemző itt, míg a második területre az előbbi normák *igazolására* vonatkozó érvelések tartoznak (Weinberger 1987: 218). E második normalogikai terület Weinberger megfogalmazásában a jogpolitika terrénuma. Ilyen tematizálásban aztán a *szubszumálás feszességű jogi érveléseken és döntéseken túl a legtöbb jogi kommunikáció a jogpolitika területére esik*. "A jogpolitikai argumentáció két különböző, noha sokszorosan egymásba átmenő formában fut le. A konstruktív gondolkodás az, amely a társadalmi problémák

elfogadható megoldási javaslatait kidolgozza, a kritikai pedig az, amely a politikai realitáshoz, a létező vagy javasolt intézményekhez értékelően állást foglal." (Weinberger 1987: 219). Az elemzéseink támaszát jelentő Esser-Larenz-féle jogkonceptiótól eltérően itt láthatóan a jogpolitika (konstrukció) részéhez tartozik az, ami Larenz-éknál az *értékelő jogdogmatika* területét jelenti. Az általunk végrehajtott korrekciók nyomán a jogpolitika beemelése csak *ezen túl*, a politika bináris kódjához és értékelési szempontjaihoz közelebb eső területek jelzésére vált fontossá. Így azonban egy *politizáltabb* jogpolitika képe bontakozik ki nálunk, mint az Weinberger-nél látható volt.

Nála a de lege ferenda szabályozási modellek, a hatályos jogi megoldások alternatíváinak kidolgozása eleve a jogpolitika területére esik. Ezzel szemben ha a jog, politika, a tudomány etc. sajátosságait - és egymás tevékenységeitől való elhatárolódását - eltérő bináris kódjaik dominálása mentén látjuk megvalósulni, akkor a jog esetében a de lege ferenda szabályozási modellek kidolgozása, ezek átfogó jogelvek, jogdogmatikai intézmények közé beillesztése a jog bináris kódja, a jogos/jogtalan dominálása mentén is végbemehet. Egy pártpolitizálástól leernyőzött egyetemi-akadémiai jogászság esetén pedig erre minden valószínűség meg is van. Ezt a tevékenységet tehát félrevezető *jogpolitikaként* tematizálni. Erre csak egy magyarázat lenne, ti. ha az így tematizált jogpolitika előtti *szubszumáló logikával dolgozó jogi tevékenységet* tekintenénk a "valódi" jognak, és a Larenz-féle értékelő jogdogmatikát már a jogból a politikába átmenetnek. A korábbi fejezetekben látható volt, hogy a szubszumáló bírói döntések területén túl a jogi maximák, jogelvek, jogdogmatikai kategóriák és alkotmányos alapjogok összjátéka adja a jogi tevékenység óriási többségét, és a jog bináris kódja dominálni tud e fölött.

Azt, hogy Weinberger "beljebb viszi" a jogba a jogpolitikát és a Larenz-féle értékelő jogdogmatika helyére állítja, az is mutatja, hogy a jogpolitika torzulásának tekinti, ha a tulajdonképpeni politikai szféra jellemzőit is megjeleníteni látja a jogpolitikai vitákban. Így pl. ha ideológiai megoszlások, vagy ha leegyszerűsítő címszavak (környezetvédelem, demokratizálás etc) mellett folyik a jogpolitikai vita, akkor a "tudományos" jogpolitika-felfogásban ez torzulásként értékelődik. De ugyanígy a pártpolitikai szempontból egyoldalú értékelések is torzulásként kapnak tematizálást ebben a keretben (Weinberger 1987: 223-226). Vagyis épp a jogi bináris kód dominanciájának csökkenését és a politika kormány/ellenzék kódjának felerősödését - a jogdogmatikától a jogpolitika felé haladva a jogról való vitákban és döntésekben - tekinti ő a jogpolitika torzulásának. Vele szemben teljesen igazat kell adni *Wolfgang Naucke*-nek, aki a büntetőjog-politika kapcsán írja, hogy "sokan a politika eltudományosítását követelik, és azt, hogy a politika vegye át a 'jó', tudományos büntetőjogi modelleket a jogtudománytól. Ez azonban csak egy hiábavaló játék, mert egy absztrakt-utópikus állami politikát képzelnek el, amely a pártpolitikák fölött állva tudományos lehet." (Naucke 1987: 30). Weinberger jogpolitika-konceptiója így számunkra nem használható, mert túlzottan a jog belsejébe helyezi azt el, és a politika felé transzformáló, ténylegesen átpolitizáltabb tevékenységet kiszorítja belőle.

#### 4.2. A jogpolitika szférái

Az alapul vett jogkonceptiónk révén fontosnak látszik egy distinkció rögzítése az állami-politikai testületek - parlament, kormány - által alkotott szabályanyagon belül. A modern jogok - eltekintve a precedenseken nyugvó joganyagtól a common law országokban - e testületek döntési formáit: törvények, rendeletek alakját öltik magukra. Ezek a formák azonban miután rögzítődtek, egy sor olyan tartalmat is fel tudnak venni, amelyeket nem lehet ténylegesen jogszabálynak tekinteni. (Itt most

nem a nagy események vagy személyek emléke törvénybeiktatásának egykori példáira gondolunk.) E formákon belül fontosnak találjuk, hogy egy megkülönböztetést tegyünk egyrészt az olyan döntési tartalmakat elkülönítve, amelyek az állami-politikai testületek célkitűzéseinek megvalósítására szolgálnak, és amelyeket utasítható hatóságok segédletével visznek át a társadalmi gyakorlatba, majd a visszajelzett hatástól függően rövid időközönként módosítják ezeket, másrészt az olyan tartalmakat elkülönítve, amelyek hatályosulásában már stabilizálódott bíróságok játszanak központi szerepet, és vetik össze az eseti viták kapcsán a szabályokat a konkrét szituációkkal. Hajlunk arra az álláspontra, hogy *jognak csak az utóbbiakat tekintsük, és az állami szabályanyagok jogi minőséggel felruházódását lássuk létrejönni, ha a puszta állami hatósági érvényesítést fokozatosan bírói gyakorlat bírálja felül, és lép be realizálásába.*

Ez a distinkció aztán lehetővé teszi, hogy a jogpolitikát a par excellence politikai területeken belül is lokalizálni tudjuk, és így azt, mint igazi köztes területet, a jog és a politika intézményrendszerei határának *mindkét* oldalán fel tudjuk mutatni. A parlamentek évenkénti sok száz törvénye fölött mindig heves viták dúlnak, ezek azonban döntő többségükben nem jogpolitikai viták. Jogpolitikai vitaként az lokalizálódik közülük, amelyek tartalma és az itteni szabályozási modellek alternatívái mögött egy hosszabb ideje folyamatosan működő bírói gyakorlat és ezt szisztematizáló jogdogmatikai szféra áll, és ezek a komplex szabályozási terület koherenciája érdekében sajátos distinkciókkal, tipológiákkal, maximákkal, jogelvekkel - így sajátos nyelvvel - fedték le a területet. Az eddigi történelmi tapasztalatok szerint ez csak akkor nem köti a politikai testületeket, ha ezeket a mögöttes jogi rétegeket - nyelvezetükkel, tipológiáikkal stb. együtt - szét tudják zúzni. A legradikálisabban ezt a minden fennállóval együtt a jogot is szétzúzni akaró francia forradalom kísérelte meg, és az ebből a szempontból, mint az előző fejezetekben látható volt, tökéletes kudarca nyomán le lehet azt a következtetést vonni, hogy egy komplexitáson túl a jog csak szétbomlott rétegekben tud működni, és az állami törvényhozás csak ezekre épülve, ezekhez kötve tud sikeres lenni. Amennyiben tehát ezek a jogrétegek már léteznek, akkor ezeken a területeken célkitűzései realizálásánál kötöttebbé válik a politika - azaz jogpolitikává alakul.

Ha az átfogó politikán belül a jogpolitikának ezt a (jog belseje által kikényszerített) lokalizálódását észleltük, akkor visszafelé is le tudjuk vonni a következtetést, hogy ha egy szabályozási területen stabil bírói gyakorlat és jogdogmatikai szféra még nem alakult ki, akkor *ott jogpolitikáról sem beszélhetünk a politika határai felől*. A politikán belül ugyanis olyan kényszerek nincsenek, amelyek a kormány/ellenzék bináris kód dominanciája mellé erősebben behoznák a jogos/jogtalan értékelési dimenziót, és ha alárendelten is, de ennek kategóriakészletét, nyelvezetét is számba vennék. Ha az adott törvény szabályozási területén már ilyen jogdogmatikai réteg létrejött, akkor egy pluralizmusra felépülő politikai rendszerben szükségszerűen lokalizálódik az erre vonatkozó politikai vita, és *jogpolitikai kötöttségűvé* - azaz a jogdogmatika és a bírói kazuisztika által kidolgozott szabályozási modellek közötti választó jellegűvé - válik.

A jog esetében ez a lokalizálódás már csak azért is könnyen megy, mert a politikusok gárdáján belül a jogász végzettségűek nagy arányban vannak jelen, és ezek egy része a politikussá válás előtt némi jogi gyakorlatot is szerzett (lásd Eulau 1964). Ezen a szélesebb jogász-politikus gárdán belül azonban minden politikai párt politikusai között lokalizálódik egy szűkebb stáb - kormánypárttá válás esetén a későbbi igazságügyminiszterek, politikai államtitkárai -, akik a jogpolitikai (azaz: a jogi szféra felől jogdogmatikai réteggel lefedett) tárgykörökben számítanak szakértőnek. Ez a stáb folyamatosan nyomon kíséri a jogdogmatikai szféra irányából kiépült "jogászibb" jogpolitikai rendezvények, viták főbb kérdéseit, igyekszik feltárni, hogy a különböző de lege ferenda javaslatok fölötti szakmai viták alapján milyen társadalmi következmények várhatóak az egyes szabályozási modellek realizálása esetén, ezek hogyan érintik a pártok programjának egyes

részleteit és a párt mögötti törzsválasztó nagy csoportok érdekeit. *Vagyis a jogos/jogtalan bináris kód melletti vitákat és alternatíva-feltárásokat egy teljesen más nézőpontból veszi szemügyre és dúsítja fel, konkretizálja részletekkel e nézőpont alapján.* Ide tartozik persze az is, amikor egy-egy militánsabb pártpolitikus a főbb ellenfeleket jelentő más pártok jogpolitikájának gyengéit igyekszik feltárni, a közvélemény előtt hatásos érvekkel rámutatni ezekre. Példaként lehet itt említeni Heiner Geißler volt német kereszténydemokrata főtitkár néhány jogpolitikai tárgyú írását és előadását e párt ellenzéki korszakából a 70-es évek végéről, amelyek a kormánypárti szociáldemokraták által elfogadtatott néhány - az alkotmánybíróság által utólag alkotmányellenesség címén megsemmisített - törvény kapcsán azt sugallták, hogy a szociáldemokrácia egésze vonzódik az alkotmányellenes megoldásokhoz (lásd pl. Geißler 1978: 109-125). Az ilyen viták azonban már inkább a jogpolitikától a tiszta pártpolitizálás felé eltávolodást mutatják.

A pártpolitikai szintű jogpolitika intézményei persze zömmel jobban elválnak az ilyen tiszta pártpolitizálástól, és általában nem is a pártapparátuson belül helyezkednek el, hanem a parlamenti pártfrakciók adják bázisukat. Vagy képviselőként vagy csak a pártfrakciók tudományos segédszolgálatain belül munkatársként láthatjuk tevékenykedni a jogpolitikára specializálódott politikusokat (Rödig 1975; Pokol 1981b). A pártpolitikusok rekrutációjának bázisát és a tudomány, ill. a politika közötti "szürke zónát" jelentik általában a különböző pártokhoz kötődő alapítványok állandó munkatársi stábjai, az egyes pártokhoz közelálló és általuk finanszírozott népfőiskolák, továbbképző központok, amelyek egyik fő tevékenysége a tisztább egyetemi-tudományos szférán belüli viták szelektált nyomon követése, rendszeres konferenciák szervezése a pártprogramok egyes pontjainak "tudományos" megvitatására. Tudományosnak ezeket ugyanis csak idézőjelben lehet nevezni, mivel a résztvevő egyetemi professzorok, tudósok már egy alapos szelekción keresztül választódnak ki ide, amelyben a pártprogramhoz és a mögöttes ideológiai tételekhez kötődésük többszöri levizsgáztatáson bizonyosodott. A tudomány igaz/hamis bináris kódja és az ez alapján létrejött paradigmák helyett itt már egy konkrétabb kötődés egy fixebb ideológiai táborhoz, ezen belül is az éppen hatályos pártprogram főbb tételeihez, lép be. Ezen belül már csak részleteken lehet vitatkozni. Aki alapokat is meg akar ezeken a rendezvényeken kérdőjelezni, az egy-két konferencia után kikopik a meghívottak közül, és főleg semmi esélye nem lesz arra, hogy innen átemelődjön a parlamenti pártpolitikusok közé.

A pártpolitikai szintű jogpolitika tehát ebben az átfogóbb szürke zónában is helyt kap. Évenként adnak ki köteteket az ilyen rendezvények után, amelyek egy-egy nagy párt jogpolitikáját, főbb prioritásait rögzítik, a nagy jogászegyesületek lapjaiban ezekből rendszeresen ismertető jelenik meg. (Lásd pl. a Német Bírószövetség lapját a "Deutsche Richterzeitung"-ot, vagy az Ügyvédszövetség "Anwaltsblatt"-ját.) *Egy-egy nagy párt jogpolitikája így az általános pártpolitikán belül lokalizáltan van jelen,* és elkülönült stábok, rendezvények etc. gondoskodnak a jog belseje felől érkező új és új impulzusok nyomán ennek "karbantartásáról".

E mellett azonban a jogpolitikának a határ másik felén, *a jog oldaláról is kialakultak intézményei.* Az előbbi jogpolitikai szférától eltérően itt nem a kormány/ellenzék kódja és ennek értékdimenziójában kialakult ideológiai tételek, pártmaximák dominálnak, hanem a jog bináris kódjának dominanciája még megmarad. Ám e mellé egyre inkább felerősödik a mindenkor alkotandó új jogi megoldások *társadalmi kihatásaiban való gondolkodás.* A tisztább jogdogmatikához képest, amely döntően az új jogi megoldások rendszertani beilleszthetősége és a meglévő alapelvei, ill. dogmatikai kategóriakészlet bővíthetősége oldaláról figyel az új jogszabályokat, fontosabb bírói eseti döntéseket, másrészt konstruál maga is hipotetikus jogeseteket a dogmatikai rendszer mindenoldalú próbára tévése érdekében, tehát ehhez képest *a jogpolitikában a következményeken orientálódás*



*jobban a középpontba lép.* Figyelemmel van ugyan a jogpolitikai vita is az adott jogterület dogmatikai distinkcióira és ezek vonzataira, de e szempontváltás révén új distinkciók is fontossá válnak nála. Pl. a büntető-jogpolitikai vitákban az *áruházi kislopás*, mint külön kategória vetődik fel, mert az itteni elkövetők nagy többsége egyáltalán nem bűnöző, és bár dogmatikailag e cselekmény tényálláselemei megegyezhetnek a megrögzött bűnözők által elkövetett bűncselekményekéivel, de e "szociológiai" különbség révén jogpolitikailag külön kezelendővé válik (Hassemer 1987). Egy centralizált ügyészség esetén ezt be is építhetik a büntetőbíráskodásba oly módon, hogy a "társadalomra veszélyesség" jogpolitikai kategória szuverén kezelésének jogát megkapja ez a szerv, és a pontosan cizellált jogdogmatikai kategóriák bizonyos fokig már csak díszítő elemként funkcionálnak ekkor. Ebben az esetben a jogdogmatika "jogpolitikai felpuhításáról" van szó, amelynek jogtisztelőbb alternatívája lehet, ha ezeket a jogpolitikailag kívánatos differenciákat inkább a jogdogmatika további bővítésével igyekszünk a bíráskodásba átvinni.

Jelezni kell még, hogy külön jogpolitikai és külön jogdogmatikai stábok, viták, mechanizmusok csak ott különülnek el, ahol a jogi szféra aktorait átítató jogkonceptió lokalizálja-neutralizálja a jogtudósokat a par excellence politizálástól. Az állandóan primér etikai elveken orientálódó jogtudós gárda és az így szocializált bírói és jogászi rétegek esetén a következményen orientálódás mindent maga alá rendelővé válik, és ekkor a jog belseje maga is jogpolitikailag átítódik. Jogdogmatikai-rendszerező tevékenység így - e jogkonceptió dominálása mellett - mint deviancia merül fel, és ekkor a heroikus-aktivista "progresszív" bíró és politizáló jogtudós válik a követendő mintává. A másik irányú torzulást a múlt századi német Begriffsjurisprudenz mutatja, amely jogkonceptiójánál fogva a neutrális jogdogmatikán kívül semmit nem volt hajlandó jogászi tevékenységnek elismerni, és egy-egy jogi kódex összeállításánál kizárólagosan elegendőnek látta a jogdogmatikai-rendszerező munkák eredményeinek összefoglalását (Coing 1960: 8). Mint egy korábbi fejezetben említettük, ennek eredménye volt a német BGB első tervezete, amely a gyakorló bírák előtt mint "jogtudósi szörnyszülött" jelent meg.

A mai komplex nyugati jogrendszerekben mindenhol létrejöttek azok a jogpolitikai mechanizmusok, amelyek kiegészítve a pártpolitika felőli határon kiépült jogpolitikai tevékenységet, a jogdogmatika eredményeit transzformálják a politika felé. Ennek központi intézményeit egyrészt az egyes jogászi szakmák egyesületei és az ezek által kiadott folyóiratok, szaklapok adják, másrészt az adott ország egész jogászágát átfogó országos jogászegyesületek. Így Németországban az utóbbi évtizedekben a bírakat és az ügyészeket Német Bírószövetség tömöríti, lapjuk a Deutsche Richterzeitung színvonalas jogelméleti és jogtörténeti értekezéseket is leközöl, de nagy többségükben ezek a cikkek a hatályos jogot és a jogi szférát érintő aktuális változtatási javaslatokat vagy ezekkel vitatkozó ellenjavaslatokat tartalmaznak. Pl. a jogászképzés évek óta futó téma, és különböző modellek előnyei-hátrányai sok-sok cikkben váltak ismertté és alakítottak ki tábornemegoszlasokat e lap hasábjain. Ugyanígy a bírósági tanácsokban a döntéseknél az esetleges kisebbségi vélemény nyilvánosságra hozásának kérdése, ennek hatásai a jogfejlesztésre, a bírói jog szerepnövekedése ennek következtében hasonlóképpen hosszú vitákat kavartak. A Német Ügyvédszövetség szintén nagyon aktív a jogpolitika kérdéseiben, éves közgyűléseiken rendszeresen körbejárnak néhány alapvető témát perjogi kérdésekben, az igazságszolgáltatás alapvető szervezeti problémáit és megoldási alternatíváikat. Lapjuk az "Anwaltsblatt" összehasonlító jogi elemzések tömegével figyeli a többi ország jogászágának belső struktúráját, az ügyvédség tevékenységi formáit etc. Leghatásosabb német jogászegyesületnek azonban messze a "Deutsche Juristentag" számít. Ez a szerv az egész német jogászág intézményeként működik, és különösen az egyetemi jogászág és a felsőbíráóságok tagjai aktívak kétévenkénti közgyűléseiken (Dilcher 1980: 15). Bár bizonyos felső kontroll a DJT elnöksége részéről jellemzi a mindig soronkövetkező közgyűlések tematikájának összeállítását és referátumok tartására vonatkozó felkéréseket, de egy körlevél nyomán mindenki beküldhet témajavaslatokat, és

végül ezek szelekciója után áll össze a kétévenkénti közgyűlések tematikája. A többnapos konferenciák szekcióülései után lezárásként többségi szavazatokkal ajánlásokat fogadnak el egy sor megvitatott témában, amelyeket megküldenek a parlamenti pártfrakcióknak, a tartományi és a szövetségi igazságügyi minisztériumoknak. Dilcher elemzései szerint 1960-1980 között ezek az ajánlások egy sor esetben kimutathatóan a futó releváns törvényjavaslatok átalakulásához vezettek, vagy új törvény-előkészítések elkezdését inspirálták (Dilcher 1980: 89-95). A DJT-nek ezek a konferencia vitái és ajánlásai sűrítve mutatják a jog belseje felől számtalan szálon futó és a tisztább jogdogmatikai tevékenységet transzformáló jogpolitikai szféra jellemzőit. Az ajánlások rendszeres publikálása mellett minden DJT-konferencia után az ott elhangzott referátumokat egy kötetben kiadják, és ezek elemzése szintén jól mutatja a jogpolitikai transzformáció induló szakaszát, különösen ha a vizsgálódó a pártpolitikai szféra felőli jogpolitikai stábok anyagaival ütközteti ezeket.

A jogdogmatika, jogpolitika és a tiszta pártpolitizálás így elkülönül, és a jogpolitika mechanizmusainak belső kettéoszlása még tovább növeli a jog és a politika intézményrendszerei közötti átmenetek lépcsőfokait. Ezeket a kimutatható lokalizálódásokat azonban árnyaltabban tudjuk szemügyre venni, ha az *alapjogi alkotmánybíráskodás* növekvő súlyát is bevonjuk a vizsgálódásba. Az ezzel foglalkozó fejezetben jeleztük, hogy az alapjogi alkotmánybíráskodásban a dogmatikai kötöttség egy sor esetben csekély fokú, és jobban előtérbe kerülnek az absztraktnak megfogalmazott, ill. priméren etikai-társadalmi mérlegelési szempontok. A jogpolitika helyét vizsgálva ez úgy jelenik meg, hogy az *alapjogi bíráskodás felülbíráló hatásának növekedése esetén az egyszerű jogterületek elkülönült jogdogmatikai és jogpolitikai rétegei jobban összecsúsznak egy diffúzabb jogpolitikai szférában*. Illetve azokban a jogkoncepciókban, melyek középpontjában ez a jogréteg (alapjogok, jogelvek) áll, ott a jogdogmatika leértékelődik és egy átpolitizáltabb jogász tevékenység válik mintaértékűvé. (Így Dworkin vagy a német Alexy, Dreier, Kriele jogkoncepciói említhetők itt.) Az alapjogokban bennrejlő jogpolitizáló hatás féken tartására és a neutrálisabb jogdogmatika szerepének szinten tartására így megítélésünk szerint elengedhetetlen az alkotmánybíróság tagjai többségének a bírói karból történő rekrutálása, amely a korábbi praxis stabilabb jogászból rögzítése mellett a pártpolitizálástól távolmaradást is jobban biztosítani tudja.

Végül ha definíciószerűen összegezni akarjuk a jogpolitika helyét a jog szerkezetében, akkor olyan tevékenységként jellemezhetjük, amely az egyes szabályozási modellek társadalmi következményeinek középpontba emelésével a jogi szabályozásokat csak részben vonatkoztatja a jogdogmatika belső distinkcióira, kategóriakészletére, és másrészt a társadalom egyes rétegei közötti differenciákat emeli be a vizsgálódásba az egyes szabályozási modellek értékelésére. Vagyis a *politikailag artikulált társadalmi differenciákkal* veti össze a jogpolitika az egyes szabályozási alternatívákat, míg a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenységben a rendszertani beilleszthetőség a fő szempont. A jog és a politika eltérő értékelési szempontjainak távolságát a jogpolitika két transzformáló szférára szakadva közelíti. A "jogász" jogpolitikai szféra a jog határai felől főként a nagy jogászegyesületekre, ezek folyóirataira, konferenciáira épült, a "pártpolitikai" jogpolitizálás szférája a parlamenti pártfrakciókban és ezek tudományos segédszolgályaiban kapott helyet. A jog politikai befolyásolása, másrészt a pusztán pártpolitizálás jogi megszelídítése és összekötése a rögzítődött bírói gyakorlattal, ill. jogdogmatikai réteggel csak így válik konszolidáltan lehetővé.

#### 4.3. A perlési politizálás

Az európai jogrendszerekben a politikai demokratizálódás után - így a kontinens nyugatibb részein a XIX. század második felétől, a keletibb részeken az 1989-es politikai változások nyomán újra megteremtve - kialakuló folyamatos politikai küzdelmek és a döntési alternatívák versengése a parlamentben és körülötte szerveződik meg. A politikai törekvések állami döntéssé - így törvénné, kormányrendeletté stb. - válása jelenti a fő útvonalat a politikai küzdelmek kiharcolt eredményeinek, kompromisszumainak joggá válásához. A jog és a politika különböző logikáját ekkor egy *köztes jogpolitikai szféra* transzformálja és többszörös transzformációval közelíti egymáshoz. Ezen az úton a két alrendszer eltérő logikája - a jogos/jogtalan szemléletmód a jogban és a kormányra jutni/vagy ellenzékbe menni értékelési duál a politika logikájaként - többé-kevésbé épen marad, és a politika mégis át tudja vinni az empirikus népakarat többségi prioritásait a jogba, a törvények tartalmába.

Mint láttuk az előzőekben, a köztes jogpolitikai szféra a jog és a politika elkülönült alrendszerei között egyrészt a jogi alrendszer oldalára telepszik - jogászegyesületek és más szakmai-politikai szerveződések formájában -, melyek már nem a jogdogmatikai modellek kidolgozásának, hanem az ezek közötti választásoknak a fórumai, az egyes de lege ferenda szabályozási modellek közötti választásnál döntően már a társadalmi következményekre és nem pusztán a jogdogmatikai ellentmondásmentesség technikai szempontjaira figyelve. Másrészt a politikai rendszer oldalán is kiépülnek jogpolitikai intézmények az egyes pártok jogpolitikáinak részlegeiként, például a parlamenti pártfrakciók jogi munkacsoportjai, pártfőiskolák jogi részlegei, rendezvényei sorolhatók ide. A jogpolitikának ez a kettős felépítése két lépcsőben transzformálja a jog belsejéből származó szabályozási modelleket, és a parlamenti többséget élvezőket törvényi rendelkezéssé változtatja. A jogpolitikának ez a szerveződése mindenhol kimutatható, ahol többpártrendszer és parlamenti törvényhozás áll a politikai rendszer, illetve a jogi rendszer középpontjában. A nyugat-európai országokban és az 1989-es politikai változások után a közép-kelet-európai országokban a jog és a politika kapcsolódása számára ez a jogpolitikai modell jelenti a fő útvonalat.

E mellett azonban a jog és a politika összekapcsolódásának egy másik modellje is megfigyelhető, amely a *bíróági pereken keresztül igyekszik átvinni a politikai célokat a jogba*. Ez az Egyesült Államokban kezdett kialakulni az 1960-as évek elejétől, ahol jó másfél évtizedig dominálónak válni is látszott, de az 1970-es évektől sok szempontból visszaszorult. Az amerikai szellemi-politikai hatások révén azonban bizonyos fokig megjelent ez azóta egyes nyugat-európai országokban is, az otthoni visszaszorulás ellenére, és különösen az új közép-európai demokráciákban talál ma fogékonyságra egyes jogászörökben. Erre az útra épültek ki az Egyesült Államokban a *perlési politizálás intézményei*, és ahol ez az összekapcsolódás a jog és a politika között kiépül, ott megjelennek ezek az intézmények is.

#### 4.3.1. A perlési politizálás kialakulása

Ahol politikai demokrácia létezik, amelyben alternatív politikai törekvések és érdekek nyíltan megjelenhetnek, ott a jog meghatározásának helyein nagy valószínűséggel megjelennek a szembenálló politikai erők is. Így ahol a jogrendszeren belül a felsőbírósági precedenseknek nagy szerepük van a jog meghatározásában, ott érthető módon megindul az egyes politikai csoportok nyomulása ezek befolyásolása felé, hisz egy-egy ilyen precedens a későbbiekben sokezer érintett számára jogként határozza majd meg a cselekvési lehetőségeket. Az azonban, hogy ez a nyomulás a bírói döntés felé miként történik meg, egy sor strukturális körülmény által meghatározott. Ezek megértésére érdemesnek tűnik a

két legfőbb common law országot, Angliát és az Egyesült Államokat összehasonlítani, ahol a bírói precedensjog hagyományosan nagy szerepet tölt be, mivel e két országban a kiindulópont közössége ellenére a legeltérőbben alakult a bírói perlesen keresztüli politizálás helyzete.

Angliában a jogászság és főként a jog meghatározásában mérvadó barrister ügyvédi réteg és a belőlük kinövő bírói kar belsőleg homogén maradt politikailag mindvégig, lényegében a status quo-ban érdekelt felső rétegek értékein alapulva. Itt politikai változtatást a fennálló intézményekhez és megoldásokhoz képest döntően csak a parlamenti pártok harcai tudnak megvalósítani. Ehhez a helyzethez az is hozzájárult, hogy az egyetemi jogászképzés után a barrister-bírói karrier mechanizmusai a fennálló intézményekkel való azonosulás alapján választják ki a karriervonalban feljebb lépőket. A barristerek bekerülése a "Queen's counsellor-ok", a királynői ügyvédi tanácsosok körébe a mindenkori lordkancellár javaslata alapján történik, és a felsőbíróságokba innen kerülnek ki a kinevezettek, de ez mindig csak az eggyel alsóbb szintű bírák közül lehetséges, így többszörös szűrőn mennek át éveken keresztül azok a bírák, akik a Lordok Házának bírái közé bekerülnek. Ez a karriervonal kizárja, hogy aktivista mozgalmárjogász attitűdökkel rendelkező jogász egy kicsit is jelentős szerephez juthasson az angol jog meghatározásában. Ezzel szemben az Egyesült Államokban a jogászképzés súlypontja az 1900-as évek elejétől egyre inkább az egyetemekre tevődött át, és az egyetemek kinyitása a legszélesebb rétegek számára az 1960-70-es évekre a jogászság utánpótlását a teljes társadalmi skálán szétterítette. Azóta az amerikai jogászság éppúgy áll marxizmuson és leninizmuson nevelődött fekete aktivistákból, mint harcos feministákból, homoszexuális-leszbikus csoportok jogászaktivistáiból stb. és az ezek ellenhatásaként szerveződött harcos konzervatív jogász aktivistákból. Ez a belső politikai tábornegoszlás gyökeret vert az egyetemi karokon, eltérő jogkonceptiók mentén tevékenykedő tanszéki professzori stábokkal, és ugyanígy a bírói karba is neves feminista aktivistákat, fekete polgárjogi aktivista jogászokat, illetve velük szembenálló harcos konzervatív bírákat neveznek ki - attól függően, hogy a konzervatívabb republikánusok vagy a liberális irányba húzó demokraták adják az Egyesült Államok elnökét, és vele az igazságügyi adminisztrációt.

A jogászi professzió e két szembenálló szerveződése eltérő esélyt adott a perlési politizálás kialakulásának, és míg Angliában ez elzárta a perlési politizálás elől az utat, és e helyett a parlamenti törvényeken keresztül igyekeznek a politikai erők véghez vinni a számukra fontos változtatásokat, addig az Egyesült Államokban a politikailag heterogénná vált jogászság belső csoportjai, és ezek szétterülése a jogászprofesszori és bírói posztok nagy részén jó előfeltételt jelentettek ehhez.

A politikailag belső táborokra oszlott jogászság önmagában azonban nem tudta volna létrehozni a perlési politizálást. Ehhez egy másik fejleményt az "alapjogi forradalom" adta, amely az Egyesült Államokban Earl Warren-nek a szövetségi Legfelsőbb Bíróság főbírájává történt 1953-as kinevezése után indult meg. Korábban is voltak jelek arra, hogy a törvények rendelkezései helyett az alkotmányos alapjogok mentén döntsének a legfőbb bírák, de Warren kinevezése után fokozatosan egy olyan többség alakult ki itt, akik a társadalmi változtatások alapjogokra épített perlése útján lehetők látták az Egyesült Államok társadalmának átalakítását. Egy sor politikai törekvés ugyanis nem tudott keresztülmenni a kongresszusi és a tagállami törvényhozásokon, mert csak kisebb társadalmi csoportok támogatták, és a társadalom nagy többsége szemben állt velük. Ebben a helyzetben vált Warren főbíróvá, és miután az aktivista bíraskodásnak ellenálló Felix Frankfurter 1962-ben kivált a legfőbb bírói főruból, akadálytalanul fejlődhetett ki az "alapjogi forradalom", az alkotmányos alapjogokra épített perléssel történő társadalmi változtatás irányzata.

Ehhez persze döntő fontosságú volt, hogy az 1960-as években a demokraták adták

az Egyesült Államok elnökét - az első években a később meggyilkolt Kennedy elnököt, majd Lyndon Johnson - , akik a legelkeszebben támogatták szövetségi bírói kinevezéseikben az alapjogi forradalom híveinek számító jogászprofesszorokat, jogászaktivistákat. Az így kinevezett szövetségi bírák pedig - a Legfelsőbb Bíróság támogató precedensei nyomán - egyre szélesebben fogadtak el perlést az alapjogokra alapozva, félreszorítva ezzel mind a kongresszusi törvényeket, mind a tagállami törvényeket a tagállami bíróságokkal együtt. Az ügyvédek, a polgárok egyre inkább "alapjog-tudatossá" váltak, és a támogató szövetségi bírói kar ösztönzéseit felvéve egyre nagyobb számban inkább alapjogokra építették pereiket, kerülve az egyszerű törvényi rendelkezésekre alapított keresetleveleket.

E fejleményt a legnagyobb mértékben támogatták a mérvadó napilapok és a média nagy része, és mindez fokozatosan az egyetemi életben illetve a tágabb értelemben vett szellemi életben is egyre szélesebben kiépítette az alapjogi jogszolgáltatás számára a kedvező légkört. (Az 1960-as és '70-es években készült amerikai filmek visszatérő kedvenc jelenete volt a perben álló, egyszerű fekete munkásasszony (takarítónő, titkárnő stb.), aki felnézve a bíróság épületének homlokzatára és elolvasva az odavésett alkotmánysszöveget egyszerre csak ráébred, hogy neki alapjogai vannak, és a tárgyalóteremben egyszerű szavakkal elmondva ezt, a szócsavaró jogászokat a szégyenbe kergeti...). A kedvező médiabázison és szellemi légkörben aztán először fekete polgárjogi mozgalmak, majd az 1970-es években a feministák mozgalmi, végül az 1980-as években a homoszexuális-leszbikus mozgalmak építették ki intézményeiket. E három alapjogi mozgalom - amely a legtöbbször szövetséget kötve uralni tudott és tud egy sor amerikai egyetemet és kulturális intézményt az 1980-as évektől kezdve - aztán mintát adott a legkülönbözőbb törekvések mozgalmainak a perlési politizálásra. Bevándorlók, környezetvédők, hajléktalanok, állatvédők stb. mozgalmi már mind az így kidolgozott perlési stratégiával igyekeztek elérni politikai céljaikat.

A törvényhozáson, pártokon, parlamenti lobbizáson alapuló politikai akaratképzés mellett mindez egy "második politikai rendszert" hozott létre az Egyesült Államokban az 1960-as évektől kezdve, és ez az alkotmányos alapjogokra épülve a bírói perlés útján keresztül vezet. Ez a fejlődési tendencia ugyan az 1970-es évek közepétől egyre inkább megtört, és az 1980-as évek republikánus elnökei (Reagan, Bush) alatt alaposan visszaszorult, de a perlési politizálásnak még ma is jelentős hadállásai vannak.

#### **4.3.2. A perlési politizálás jogi keretei**

A politikailag belső táborokra bomlott jogászság csak akkor tudja a bírói pert felhasználni a politikai küzdelmek megvívására, ha néhány anyagi jogi és eljárásjogi szabályt úgy alakítanak - vagy értelmeznek - át, hogy az egyedi perlő felek helyett/mellett átfogó társadalmi csoportok is megjelenhetnek a perben, és ezek az egyszerű törvényi rendelkezések helyett az absztrakt és így politikailag könnyen hajlítható alapjogok mentén is perelhetnek. Az alapjogi vetületről már volt szó, így nézzük most azokat az eljárásjogi szabályokat, melyek ezt a fordulatot segítik.

Az egyiket a "standing", a perindítási, illetve perbe avatkozási jog tágítása jelenti, melyek révén nemcsak az ügyben konkrétan és személyesen érintett kap ilyen jogosítványokat, hanem a lazább érintettség is elég hozzá. Ez a tágítás megtörtént az Egyesült Államokban az 1960-as évek elején, és volt bíró, aki már azon az alapon is elfogadta a perlő fél érdekeltségét, hogy mint adófizető állampolgár csak érintett valahogy egy átfogóbb kihatású ügyben. Egy további eljárási tágítás volt a

csoportos perlés, a "class action" lehetőségének tágítása, amikor akár többezres résztvevő kör, és ezek egyesületeinek jogászai is részt vehettek a perben, például egy gyártó cég termékének károsító hatása miatt indult kártérítési perben vagy egy hatóság rendelkezése ellen fellépő közös perlés esetén. Ennek egy másik formája a "közérdekű perlés", vagy más néven "közjogi perlés", mely szintén az 1960-as években alakult ki, és ennek lényege az, hogy ha átfogó jogkérdés vagy ténykérdés szerepel a perben, akkor mindazok beszállhatnak az ilyen perbe, akik valamiképpen érintve vannak e kérdésben. A perlési politizálásra szakosodott mozgalmi jogászok pedig gondoskodnak arról, hogy ne egyszerű törvényi rendelkezés és ennek szűk jogkérdése álljon a per középpontjában, hanem átfogó alapjogi kérdések.

Végül fontos jogi támogatást jelentett az is a perlési politizálás kialakulásához, hogy az 1960-as évektől az ezt támogató elnöki adminisztrációk nyomására olyan szövetségi törvényeket fogadtak el, melyek a perköltség állami átvállalását tették lehetővé, ha az alapjogi perben a felperes pernyertes lett, és a per végéig engedélyezték a perköltség fizetésének elhalasztását.

Mindezek perjogi szinten is megalapozták a perlési politizálás akadálytalan kibomlását az Egyesült Államokban.

#### 4.3.3. A perlési politizálás szerveződése

A perlési politizálás szervezeti bázisát nonprofit "közérdekű" ügyvédi irodák, emberjogi intézmények, illetve különböző mozgalmak, egyesületek jogászai részlegei adják. Ezek tömeges léte egy országban előfeltétel ahhoz, hogy a hagyományos perlés mellett komolyabb szintre tudjon fejlődni ez a fajta perlés. Ezek hiányában hiába válik esetleg a felsőbbírói kar fogékonnyá a perlési politizálásra, és döntéseivel hiába igyekszik ösztönözni markáns változtatásokra a társadalom egyes szektorait, a tömeges perlés elmarad, és tartós hatás nélkül hamar elakad az egész perlési politizálás. Pl. az indiai legfőbb bírói fórum az 1970-es évek végén amerikai mintára elkezdett egy társadalomalakító aktivista ítélkezést, de ilyen okok miatt hatás nélkül elhalt egy idő után (lásd Epp 1998:90-110).

Nem így az Egyesült Államokban. Itt már az 1900-as évek elején megindult ennek szerveződése, noha ekkor még a bírói kar a legkeményebben ellenállt az alapjogi csábításnak, és szilárd konzervatív szöveghűség jellemezte törvényhez ragaszkodásukat. Amikor nagy ritkán az alapjogok mentén felléptek egy-egy törvénnyel szemben, akkor is inkább a fennálló állapotokat, erőviszonyokat őrző politikai erők érdekében tették, például az 1905-ös Lochner-ügyben, amely a konzervatív aktivizmus szimbólumává vált ezután évtizedekre. Mindezek ellenére az Egyesült Államokban már az 1920-s évek elején megalakult az első nagy alapjogi szervezet, az ACLU (American Civil Liberties Union), majd a feketék egyenjogúságáért harcoló NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) és még egy sor további alapjogi szervezet. A legfontosabb ezek közül kezdettől fogva - és ma is - az ACLU, melyet alapításától kezdve a változásokban érdekelt amerikai pénzügyi körök támogattak anyagilag, és ez a szervezet volt kezdetben a többi hasonló szervezet létrehozásának kovásza, ezek szervezésébe és finanszírozásába is beszállva (lásd Epp 1998:27-49).

E szervezetek nélkül elképzelhetetlen lett volna az alapjogi fordulat beindítása, hisz az egyéni perlő fél anyagi eszközeit messze meghaladja az a perköltség, melyet a hosszú, több fokozatú perlés jelent. Így az ACLU, majd a segítségével életre hívott többi alapjogi szervezet pénzügyi támogatása tudta csak biztosítani, hogy az egyszerű perlést kiterjesszék alkotmányos alapjogokra hivatkozó perlésre. Nélkülözhetetlen volt az alapjogi szervezetek jelenléte a pernél azért is, mert a

hagyományos ügyvédi tudás és módszerek mellett nem lett volna esély a morálfilozófiai, szociológiai és egyéb ismereteket felvonultató alapjogi érvelésre. Ezt csak az erre szakosodott szervezetek jogászai tudták kidolgozni.

E kezdetek után az 1930-as évek végére, amikor a New Deal-lel szembenálló konzervatív bírakat megtörve lassan átfordították a legfőbb bírói fórum többségét a "progresszív" fordulatot támogató irányba, lassanként terjedni kezdett a szövetségi bírói kar csúcsain az "alapjogokból progresszív irányba fordítani a társadalmat!"-hangulat a konzervatív törvényhozási többséggel szemben. Ez már majdnem végbe is ment 1947-re, de végül csak Earl Warren 1953-as kinevezése fejezte be a fordulatot. A törvényhozással szembeforduló legfőbb bírói fórum többségének hajlandósága az alapjogok aktivista igénybe vételére további lökést adott a mozgalmi jogász szervezeteknek, és az 1980-as évekre ezek tömege jött létre (Menkel-Meadow 1998:31-68). A mozgalmakba betagozódott és ennek segédszervezeteként kiépült alapjogi jogsegély egyesületek mellett ettől az időtől kezdve kezdett kialakulni a *nonprofit közérdekű ügyvédi irodák rendszere*, melyek formailag független ügyvédi irodák voltak, mint bármely normális ügyvédi iroda, de a munkatársak egy-egy ügy elkötelezettjeiként ténylegesen inkább jogászaktivistáknak számítottak és számítanak ma is, és nem neutrális, pusztán honoráriumért tevékenykedő jogásznak. (Ez utóbbiakat a jogászaktivisták körében lekezelően sokszor "hired gun"-nak "bérelt fegyvernek" nevezik, szemben az önzetlen, elkötelezett munkájukkal). Azonban mivel az 1960-as évektől hozott jogi rendelkezések alapján az alkotmányjogi perlést elkezdték államilag finanszírozni, és nagy tömegű ilyen per indult meg, a kezdeti "elkötelezett" jogászok mellé beléptek neutrálisabb, első sorban pénzért dolgozó jogászok is, így az igazi jogászaktivisták mellett megkülönböztetik a "jogásztechnikusokat", akik döntően az ügyvédi díj ellenében dolgoznak, de a peres ügygel és az ügyféllel semleges viszonyban maradnak (lásd MacCann/Silverstein 1998:261-292). A sok száz ilyen típusú ügyvédi irodában az 1970-es évektől öt-hatezer mozgalmi jogász dolgozott, beleszámítva a semlegesebb jogásztechnikusokat is, és ez a szám azóta sem csökkent, noha az 1980-as évektől a szöveghűség felé eltolódott szövetségi bírói kar miatt alaposan csökkentek e tevékenység pernyerési esélyei (Scheingold 1998:118-150).

A mozgalmi jogászokon (vagy egyik saját maguk alkotta elnevezésben: a "cause lawyerek"-en, a "jó ügy jogászaiban") alapuló perlés néhány alapvető eltérést mutat a hagyományos, normális jogász pervezetéséhez képest, és ezek a jellemzők jól mutatják a hagyományos perben különtartott jogi aspektusokban a politikai szempontok közvetlen bekapcsolódását. Öt fontosabb eltérést lehet kimutatni a mozgalmi jogászok pereiben a hagyományoshoz képest (lásd ennek összegzését Trubek/Kransberger 1998:202-205).

1. *A per "humanizálása"*, amely alatt azt értik, hogy igyekeznek szembeszállni a hagyományos jogi szempontokra redukált érveléssel és az eset jogi kategóriákba öntésének kényszerével, és a lehető legteljesebb szociológiai ténybemutatással prezentálják az esetet. Ennek a pertechnikának nagy előnye van a laikus esküdtek széleskörű bevonásán nyugvó amerikai eljárásban, ahol a büntetőügyek mellett a magánjogi és a többi jogágra tartozó pernél is jelen vannak az esküdtek. Az alapjogi aktivizmus híveinek nem véletlenül állandó követelése az esküdtek szerepének további növelése. A jogi szempontokra redukálás helyett széleskörű ténybemutatás érzelmi, morális, politikai felhangokkal, legalább annyira az esküdtekhez fordulva, mint a hivatásos bíróhoz - ebben áll a per "humanizálása".
2. *A per "politizálása"*, amely azt jelenti, hogy a hagyományos politikailag semlegesebb (vagy a mozgalmi jogászok megfogalmazásában: rejtettebb politikai szempontokat használó) jogi érvek és fogalmak helyett a nyíltan feminista, anti-rasszista mozgalmi stb. jogi érveket használnak, attól függően, hogy mely mozgalmi szektorba tartozó perlési politikáról van éppen szó. Itt kell

jelezni, hogy az amerikai mozgalmi jogászság egyetemi részlegei az 1970-es és 1980-as évektől, miután az egyetemi jogi karokon meg tudták vetni lábukat, tudatosan olyan fogalmi módosításokat és ezekből olyan jogági fogalmi rendszereket igyekeznek kidolgozni, amelyek nyíltan feminista, faji szempontú (feketéket, színeseket védő) vagy homoszexuális-leszbikus szempontú jogi konstrukciókat jelentenek. Ezeket használják fel aztán a perben a mozgalmi jogászok, lehetőleg kerülve a hagyományos jogdogmatikai fogalmakat. Ugyanis azok - az ő meglátásaik szerint - nőellenesek, rasszisták, heteroszexuális elfogultságúak.

3. A *per "kollektivizálása"* azt jelenti, hogy az egyéni peres fél mellé a hasonló szituációban levőket minél nagyobb számban be kell vonni. Mint jeleztük, az 1960-as évektől erre módot adott a közérdekű perbe szállás, a "class action" (csoportos perlés) és a szövetségi bírói karnak az ilyen irányban nyitott bírakkal való feltöltése ezekben az években.
4. A *per "mediatizálása"* azt jelenti, hogy a per lefolyásában a per megnyerésének célja mellé belép a per (és a "mozgalmi ügy") tömegmédiumokban való megjelenítésének célja. Sőt a per megnyerését felülmúló hatást jelent a perlés révén a lehető legnagyobb médiajelenlét, hisz így széles társadalom előtt ismertté válik az "ügy", esetleg a szimpatizánsok sokaságát lehet így megnyerni, vagy az ország más részein ösztönözni lehet a hasonló perek megindítását a médiában prezentált minta alapján. Ezért sokszor a biztos pervesztésbe is belemennek a mozgalmi jogászok, ha a per körülményei a nagy médiajelentetést valószínűsítik. Ez azonban szemben állhat a fontos precedens kiharcolásának céljával, ami pedig a mozgalmi jogászok alapjogi pereinek szintén az egyik fontos célja (stratégiai perlés), és ez a kudarcra ítélt perléstől tartózkodásra ösztönöz. Jelzik is a "cause lawyering"-gel foglalkozó anyagok, hogy sokszor nagy harc dűl a nemjogász mozgalmárok - akik a bármiképpen médiajelentetést preferálják - és a mozgalmak jogászaktivistái között, mely utóbbiak a stratégiai jogi célokat jobban szem előtt tartják (MacCann/Silverstein 1998:263-274).
5. A *per emocionalizálása* a következő jellemző, amely alatt azt kell érteni, hogy a perbeli fél - sokszor a felek sokasága - és az ügyvéd között érzelmi közösség áll fenn. A mozgalmi ügyvéd, az "ügyjogász" (cause lawyer) nem egyszerűen "bérelt fegyver" a fél kezében, aki briliáns jogi technikáját tetszés szerinti fél érdekében beveti, megfelelő honorárium ellenében, hanem "eszmétárs" és "elvtárs", aki éppúgy az ügynek él, mint a képviselt ügyfele. Ebből azonban sokszor az a konfliktus áll elő, hogy az ügyfél - saját konkrét érdekeit nézve - esetleg hajlana az egyezségekre és általában is saját konkrét ügyére igyekszik összpontosítani, míg az elkötelezett "ügyjogász" az *átfogó ügyért* száll síkra. Ezt a feszültséget tudja oldani, ha minél több ügyfelet sikerül bevonni a perbe, mivel így az átfogó jelleg jobban kidomborodik, és az átfogó ügyre összpontosító mozgalmi jogász szabadabb lehet az egyes ügyféltől.

Mindezek a jellemzők akkor tudnak erősebben kifejlődni, ha az alkotmányjogi per költségeit az állam átvállalja, és ekkor a mozgalmi jogász szinte csak alibiként kutatja fel a perhez nélkülözhetetlen ügyfelet, esetleg valamilyen címen még ő fizet a formálisan felperesként bevont személynek, hogy elindíthassa rá alapozva az eljárást. Ebben az esetben, mivel az ügyfélre anyagi teher egyáltalán nem hárul, a mozgalmi ügyvéd szabadon alakíthatja a pert a fenti jellemzők szerint. Ezért jelenti a legfőbb veszélyt a perlési politizálás számára, ha szövetségi szinten, vagy a tagállami törvényhozás szintjén megkurtyítják az alkotmányjogi perlés állami pénzelését, és erre már több esetben volt példa az elmúlt évtizedekben az Egyesült Államokban, nem is beszélve arról, hogy számtalan ezt célzó törvényjavaslat fekszik benyújtva a szövetségi és a tagállami törvényhozások szintjén.

A leíró bemutatás után nézzük most meg röviden a jog és politika összekapcsolódásának ezt az útját az értékelés szintjén. Míg a parlament körül szerveződő jogpolitikai szféra a két alrendszer logikájának épségben tartásán alapul,



és kétszeres transzformációval úgy hozza át a jogdogmatikai szférából a szabályozási javaslatokat, hogy a jog értelmi zártsága nem sérül, addig a perlési politizálás közvetlenül beviszi a politikai harcot és ennek szempontjait a tárgyalóterembe. Továbbá ennek előfeltételeként az egyetemi jogi tanszékeket is átpolitizálja, és itt nyíltan politikai jogelméleteket, a politikai szempontokat nyíltan vállaló jogi konstrukciókat hoznak létre. *A perlési politika tehát kihagyja a törvényhozást, és az absztrakt alkotmányos alapjogokat fegyverként használva egyből a tárgyalótermek felé fordul, és a mozgalmi jogászsággal - egyetemi jogászprofesszori aktivistákkal, illetve tárgyalótermi "ügyjogászokkal" - közvetlenül a jog belsejében valósítja meg célját, lehetőleg nagy médianyilvánossággal és a közvélemény előtti egyenes adásban.*

#### 4.3.4. A perlési politizálás megjelenésének jelei Magyarországon

Az európai jogi kultúra és a jogászság szerveződése nem kedvez nálunk a perlési politizálás kialakulásának, ahogy a többi európai országban sem. Itt a politika szerveződése szilárdabban a parlamenti erőter körül történik meg, és az egyetemi jogi karok tanszékei is jobban kötődnek a hagyományos jogdogmatikai konstrukciók politikailag semleges készletéhez. A jogászi etika mélyen ülő attitűdjét jelenti a száraz-elegáns érveléshez kötöttség a tárgyalótermekben, és a közvetlen politikai felhangok kizárásának kötelezettsége. Ezért azokban az országokban sem tudott lábra kapni a perlési politizálás, ahol alkotmánybíráskodás kialakult. (Ez eleinte - az 1940-es évek végétől - Németországot, Olaszországot és Ausztriát jelentette, majd az 1970-es évek végétől Görögország, Portugália és Spanyolország lépett erre az útra, és az 1989-es politikai váltás után a legtöbb közép-kelet-európai ország is.) Még Németország ment el a leginkább ebbe az irányba azzal, hogy az alapjogok közvetett hatását elismerte a törvények értelmezésében, de ez a jogi lehetőség nem fejlődött át perlési politizálássá, inkább fordított irányban, az alapjogok bevonása a törvényi rendelkezések értelmezésébe vezetett ezek "eljogiasításához". Vagyis inkább az alapjogok dogmatikával ellátása és így "megszelídítésük" a jellemző, mintsem az alapjogok politizálták volna át a tárgyalótermeket.

Ezen előzmények után meglepőnek tűnik, hogy noha alig tíz éves az alkotmányos alapjogok és az alkotmánybíráskodás léte Magyarországon, de kisebb jogáskörök már elindultak a perlési politizálás lehetőségeinek kiaknázása felé. A finanszírozási forrásokat és a szellemi ösztönzéseket tekintve, ezek a fejlemények közvetlenül az amerikai perlési politizálásban érdekelt társadalmi csoportoktól erednek, és lényegében az ott már évtizedek óta kipróbált intézmények és megoldások Magyarországra átültetéséről van szó. Döntően az amerikai Soros-alapítványok anyagi bázisán kiépülve a Közép-Európai Egyetem, a Fundamentum Emberjogi és Dokumentációs Központ és különböző etnikai jogsegély szervezetek és mozgalmak néhány mozgalmi jogásza jelenti ennek bázisát. Nézzük meg, milyen esélyeik vannak arra, hogy jelentősebb mértékben meghonosítsák nálunk is az amerikai perlési politizálás gyakorlatát.

Ami növeli esélyeiket, az elsősorban jogon kívüli jellegű. A nagyon erős médiaháttér jelenti azt az előnyt, melyet ez a kis csoport élvez, és az országos közvéleményt formáló fővárosi média rendkívüli centralizáltsága és a személyi összefonódás a sajtó, a rádiózás és a televíziózás vezető körei között ezt az előnyt nagyon komollyá teszi. A perlési politizálás a médián nyugszik, mint az Egyesült Államokban is láthattuk, és ott is ezen keresztül tudta az 1920-as évektől kezdődően lassanként elérni az "alapjogi forradalmat".

A jogon belüli tényezők azonban nem kedveznek ennek a jogpolitikai stratégiának. A bírói kar belső karriervonalai elszakadtak a politikától 1997-ben, és a bírói kinevezés, illetve az előrelépés a bírói hierarchiában csak a bírói kar egésze által elfogadott minták alapján lehetséges. Ez a bírói karriervonal nem sok esélyt ad a sok évszázados európai jogi kultúrával szakító mozgalmi jogász számára - fogalmazhatjuk meg hipotézisünket.

További akadályt jelent a mozgalmi jogászság további terjedése előtt, hogy a jelenlegi hazai mozgalmi jogászok szinte kizárólag egyetemi jogászok, vagy valamelyik szervezetnél jogi szakértők, de ügyvédként nem léphetnek fel. Az a néhány ügyvéd, aki érvei közé sűrűbben felveszi az emberjogi motívumot - vagy a rendőrségi szakban a nyomozás visszáságaival védekezve a büntető perben, vagy az elvesztett itthoni per után Strassbourg-hoz fordulást kilátásba helyezve -, inkább a hagyományos ügyvédi fogások tágitását végzi ezzel el, mintsem ténylegesen mozgalmi jogászként tevékenykedne.

Az egyetemi jogászok között azonban már inkább megtalálható a mozgalmi jogászzal szimpatizáló légkör, de ez inkább azon nyugszik, hogy nem igen ismerik a mozgalmi jogászat és a perlési politizálás hatását az egyes jogágak - és az egyes tanszékek! - anyagára. A pozitív hozzáállás inkább azt jelenti, hogy "végül is az alkotmányos alapjogok nagyon nemes célt képviselnek!" Önmagában nézve ez igaz is.

Lezárásként annyit kell még megjegyezni, hogy az Egyesült Államokban az 1960-as és az 1970-es évek eufóriája után a perlési politizálás jogrendszert veszélyeztető hatását megtapasztalva erős visszafordulás következett be, és mára már csak halvány árnyéka régi önmagának. Az erről szóló információ hiányzott teljes mértékben, amikor 1989 után mint a diktatúra ellenpólusát elkezdtük bevezetni az alkotmánybíráskodást, és a közvélemény előtt sokszor úgy jelent meg az alkotmányos alapjogok továbbvitele a rendes bíróságok tárgyalóterméi felé, mint a demokrácia fokozása.

## **5. Magán és állami rendelkezés a jog felett**

A jogot és a jogi normákat az emeli ki a társadalmi normák és az erkölcsi normák világából, hogy végső soron az államhatalom szankcionálja őket. Jogelméletileg azonban nyitott az a kérdés, hogy a jog teljes folyamatát tekintve miként áll a jog feletti állami rendelkezés terjedelme, vagy ezzel szemben mennyiben érvényesülhet a magánfelek, a magánhatalmak meghatározó ereje? Ha eltekintünk attól a néhány jogfelfogástól, melyek a jogot és az államot teljes mértékben azonosítják (pl. Hans Kelsen, vagy a magyar Somló Bódog jogelmélete), akkor ugyan a legtöbb jogelméleti munkában a jog államtól való részbeni önállóságának deklarálását találjuk, de részletesebb elemzések ennek mikéntjére nem nagyon láthatók.

Jogtörténeti anyagokból le lehet szűrni olyan következtetést, hogy a kezdeti állapotok között a jog és a jog kikényszerítése erősebben a felek, első sorban a sértett fél részvételével történt, és a fejlődéssel a jogi folyamat egyre több szakasza az állami meghatározás alá került. Például a római jog fejlődésében a kezdeti szakasz "magán-büntetőjoga" csak hosszú idő után kezdett átkerülni a közjogba, és

a magánfél sértett feljogosítása mellé a bűn üldözésére kezdtek belépni az állam által üldözendő bűncselekmények (lásd Coing 1996, Marton 1993: 40-52; Zlinszky 1991:10-13). De e mellett is egy sor tendencia mutatja, hogy az egyre kiterjedtebb államgépezet a jogi folyamat számos pontján átveszi a meghatározó erőt. Ez kimutatható mind a jog alkotásában, mind alkalmazásában és a bírói döntések végrehajtásában. De ugyanígy felfűzhető erre a gondolati szálra az is, hogy a hűbérurat megillető büntető hatalom, a pallosjog és a jobbágyok feletti bíraskodásra az úriszékek rendszere jelentette a magánhatalom befolyását a középkorban az állami jogszolgáltatás mellett a jog meghatározására, és ennek vetett véget fokozatosan az újkori jogfejlődés, és jött létre az állami igazságszolgáltatás monopóliuma.

Mindezekből le lehet szűrni általánosságban, hogy a történelmi tendenciák azt mutatják, hogy a modern társadalmakban a jog feletti rendelkezés egyre inkább átkerül a valamikori kiterjedt magánrendelkezésből az állami meghatározás felé. De a tézis általános igazsága mellett egy sor ponton ellentétes folyamatok is láthatók, és így csak konkrét elemzések adhatnak e téren megnyugtató választ. A következő elemzésekben megvizsgáljuk a jogi normák alkotásában és e normák egyes esetre alkalmazásában az állami meghatározást, illetve a magánrendelés fennmaradásának eseteit. Majd kitérünk az eseti jogi döntés végrehajtása helyzetének elemzésére ebből a szempontból.

Vizsgáljuk meg először az államhatalom fokozódó erejének tendenciáit, majd a magánrendelés formáit és ezek terjedelmét.

## **5.1. Az államhatalom fokozódó meghatározása a jog felett**

### **5.1.1. A jog alkotása feletti állami rendelkezés**

A jogi folyamatnak ebben a részében világos tendencia mutatható ki, és azt lehet látni, hogy ha a társadalom egy fejlettségi szintre eljut, akkor a jogi normák alkotásában egyre erősebb szerepet kap az átfogó közösséget szervező állam, és az államon túli tényezők háttérbe szorulnak. Ez a trend látható a római jog fejlődésében éppúgy, mint a középkori és újkori európai jogfejlődésben, de az észak-amerikai XX. századi jogfejlődés is mutatja az államapparátus szerepének gyors növekedését a komplexebb társadalmi viszonyok létrejötte után.

A római jog fejlődésében a szokásjogi, majd jogtudósi jogfejlesztés után a császári hatalom szabad jogalkotása elismerésre talált, és a Digesták már tartalmazták a "Princeps legibus solutus"-tézist, amely a császár jogalkotó hatalmát jelentette (Caenegem 1980:616). Ezzel a korai köztársasági Róma államtól jórészt függetlenül keletkező joga egyre inkább a császári államapparátus által meghatározottá vált.

A kora-középkori európai jogfejlődésben újra megismétlődött a római jogfejlődésben már bejárt út, és a kezdeti szokásjogi spontán jogképződés mellé, majd egyre inkább helyére több évszázad alatt az 1700-as évek végére a központi államhatalom által alkotott jog lépett. A XII. században, miután megtalálták a Digestákat, vita alakult ki az uralkodó jogalkotó hatalmát illetően. A Digesták említett helyével szemben Accursius talált egy helyet Gratianus Institutio-jában, amely inkább az uralkodó joghoz kötését sugallta, és a "Princeps legibus solutus"-

tétellel szemben úgy foglalt állást, hogy "re vera maius imperio est submittere legibus principatum" (Caenegem 1980:619). Ahogy azonban a késő-középkori fejlődésben a központi államgépezet megerősödött, a régi római jogi tételek közül ismét a "princeps legibus solutus"-tétel vált hangsúlyossá, és például később Jean Bodin is erre építette fel az abszolút uralkodói szuverenitás tételét.

Mindezek hatására a "régí jó és érinthetetlen jog" koncepciója helyett a központi államhatalom által alkotott jog felfogása vált uralkodóvá, és a felvilágosodás, illetve a politikai forradalmak nyomán az 1800-as években már csak az állami jog alkotásának alanya változott, és az uralkodó helyére a parlamenti törvényhozás lépett. (A szokásjogi kodifikálástól a tudatos írottjogi kódexalkotás változásaira lásd Varga Csaba kitűnő munkáját, Varga 1976).

Az angolszász jogfejlődésben ezt csak az színezi, hogy itt a domináló precedensjog fölül csak a XX. század folyamán teljesebbé válik a törvényi jog. De a komplex társadalom viszonyai és az ezek által megkövetelt adekvát jogi szabályozás szükséglete mind inkább az államapparátus által elkészített törvényi jog primátusát kényszerítik ki (lásd MacCormick/Summers 1991).

### 5.1.2. A jog alkalmazása feletti állami rendelkezés

A jog alkalmazása feletti állami rendelkezés kifejlődésének több aspektusa is van. Az egyik kérdést jelenti a jogi normák alapján az egyes esetekre a jogi döntés kimondása, és ebben az állam meghatározó ereje. Angliában az eseti jogviták eldöntése rögtön a normann hódítás után, 1066-tól a király utazó bírának kezébe került, és ezek felhalmozódó döntéseiből jött létre a common law. De a későbbi változásoktól függetlenül is, a felső bíróságok tagjait a mindenkori központi államhatalom nevezte ki, még ha ez egyre kötöttebbé is vált, és egy idő után csak a barrister-ügyvédi rétegből nevezhette ki a Lordkancellár a bírakat.

Ezzel szemben a német jogfejlődésben a bíró jó ideig inkább csak az ítélet végrehajtója volt, és magát az egyes esetekre vonatkozó ítéletet tartalmilag az egyetemi fakultások jogászprofesszorai alakították ki az ún. aktafelküldési eljárásban ("Aktenversendung"). Ez az eljárás ugyan visszaszorult az 1700-as évek abszolutista államvezetésének létrejöttével, de teljesen csak az 1800-as évek közepén szűnt meg, és vált teljessé a bírák döntési hatalma az egyes ügyekben (Dawson 1968).

Egy másik kérdést jelent a bírói eljárás lefolytatásában az államhatalom és a magánfelek meghatározó erejének terjedelme.

A közhatalmat megtestesítő bíró szerepe és tevékenységének terjedelme a perek alakításában alapvetően eltérő volt - és jórészt ma is az - az angolszász jogrendszerekben és a kontinentális európai jogrendszerekben. Az utóbbiakban a bíró szerepe középponti a perek alakításban, és mind a tények feltárásában, bizonyításban, mind a jogkérdések eldöntésben uralja a bíró a pert a felekkel és ügyvédekkel szemben. Az angol és az amerikai perekben viszont a bíró szerepe jóval passzívabb, és a tények prezentálása, ezek bizonyítása, illetve a tényállás egészének alakítása a peres felek kezében van (Thalmann 1989; Maxeiner 1990), és a bíró szinte már csak az elért tényállásbeli végeredményre mondhatja ki az ítéletet. Ez pedig akár polárisan szemben állhat az általa helyesnek tartott

tényállással és az ahhoz illő ítélettel is. Ha azonban az ehhez szükséges tényeket nem hozza be a perbe az ebben érdekelt fél - illetve ha behozta, de bizonyítani nem tudja -, akkor a bíró minden jobb belátása ellenére csak az elért tényállást veheti alapul. A pert tehát itt inkább a magánfelek alakítják, és a közhatalmat megtestesítő bíró szerepe csekélyebb.

A legutóbbi időben azonban eltolódások indultak el mind Angliában, mind az Egyesült Államokban, legalábbis a magánjogi peres eljárásokban, és bizonyos fokig a kontinentális Európa bírák által uralt pervezetése felé mozdult el a szabályozás (lásd Sobich 1999). A bíró aktívabb peralakítási jogosítványai pedig a magánfelek és ügyvédek eljárási jogosítványait bizonyos fokig visszaszorították. Ez azt mutatja, hogy a komplex társadalom követelményei a kiszámítható jog iránt itt is az állami mozzanat erősödését kényszerítették ki, úgy ahogy a kontinentális jogrendszerekben már az 1800-as évektől kezdve megfigyelhető volt.

Az esküdtek szerepe azonban még mindig korlátozza az államhatalmat megtestesítő bírók szerepét a jog meghatározásban az Egyesült Államok jogában. Szemben Angliával, ahol az 1800-as évek végétől nagyrészt megszűnt az esküdtek szerepe a magánjogi ítékezésben, és visszaszorult a büntető ítékezésben is, az Egyesült Államokban még inkább erősödött az esküdti részvétel a peres eljárásokban. Az amúgy is a felek ügyvédei által uralt perben pedig a laikus esküdtek meggyőzése dönti el az ítéletet, melyet a bíró a pusztán rendfenntartó szerep eljátszása után kihirdet mint ítéletet. A kontinentális európai jogrendszerekben ezzel szemben a pert meghatározó, államilag kinevezett bírók mellett jóval kisebb szerepe van a laikus esküdteknek, ülnököknek, és ezek szerepe is tovább csökkent az elmúlt évtizedekben.

## **5.2. A jog feletti magánrendelkezés formái**

Az államhatalom előnyomulása a jogi folyamat teljes hosszában - mind a jog alkotásában, mind alkalmazásában - tendenciaszerűen megvalósuló jelenséggé fogható fel a társadalmi fejlődés magasabb fokain. E mellett azonban a jog egyes aspektusaiban ellentétes tendenciák is kimutathatók, és a magánhatalmi befolyás ugrásszerű növekedése látható ezeknél. Ezek közül négy ilyen tendenciát vizsgálunk meg a következőkben. Az egyiket a jog félretolásának lehetősége jelenti, amelyet a választottbíráskodás valósít meg; egy másikat az állami munkajog mellett a kollektív szerződések "magán" munkajoga mutatja; a büntetőeljárás és a büntetőjog részleges magánosítását jelenti az "áldozatorientált" jogdogmatika térnyerése, ahol az elkövető ügyvédje és a sértett alkuja lép bizonyos szempontból az állam büntetőhatalma elé; és végül a büntetővégrehajtás privatizálási jelenségei is ebbe a körbe vonhatók.

### **5.2.1. Az állami jog félretolásának lehetősége: a választottbíráskodás**

A magánjogi kapcsolatokon belül elsősorban a gazdasági jellegű ügyekben nyílik lehetőség a modern jogrendszerekben az állami jog és a rendes bíráskodás félretolására és e helyett a felek által kölcsönösen kontrollált választottbírási elintézés igénybevételére. E lehetőség terjedelme alapvetően eltérő attól függően,

hogy az államtársadalom szervezése tradicionálisan nagy mértékben az államon keresztül valósul-e meg, vagy ezzel szemben az állam társadalomszervező ereje csekélyebbnek mondható (Kotzorek 1987). Például a teljes mértékben állami szervezésen nyugvó szovjet típusú társadalmakban választottbíráskodás egyáltalán nem volt, vagy csak elenyésző mértékben, míg az 1989-es rendszerváltás után nagyságrendekkel megnőtt ennek a jelentősége ezekben az országokban, így nálunk is.

Általános jellemzője volt a választottbíráskodásnak, hogy a hivatásszerűen gazdasági tevékenységgel foglalkozók egymás közötti kapcsolataiban kerülhetett rá sor, de az utóbbi évtizedek terjedő tendenciájának következményeként már lassanként az lesz a fő szabály, hogy elegendő, ha az egyik fél esik ebbe a körbe. Például Németországban ilyen irányba tolódott el a szabályozás (Wolfgang 1994:120-125), és az ENSZ Nemzetközi Kereskedelmi Jogi Bizottsága (UNICTRAL) által kidolgozott mintatörvény is ezt ajánlja (lásd Kecskés/Wallacher 1995:III-V). Magyarországon a rendszerváltás utáni liberalizálási eufóriában szintén ilyen formában iktatták törvénybe, és ma ez a hatályos jog.

A választottbíráskodás alapvető jellemzője, hogy egyfokozatú, és nincs fellebbezés az ítélet ellen. Csak érvénytelenség jogcímén lehet a választottbíró ítélete ellen jogorvoslattal élni a rendes bíróságnál, de ez csak az esetek elenyésző százalékában fordulhat elő az érvénytelenségi okok szigorú körülírása miatt. A választottbíró ítélete azután éppúgy végrehajtható, mint a rendes bíróság jogerős döntése, itt már nincs eltérés a "magánbíráskodás" és az állami bíráskodás között.

E bíráskodás vonzereje a gyorsaságában rejlik, és a népszerűségéhez nagymértékben hozzájárul a rendes állami bíráskodás többfokozatúvá válása, a különböző eljárási garanciák beépítése miatti perújítási technikák terjedése a rendes bíráskodásban. De ugyanígy okként hozható erre a "puhább" jogi alapokon lehetséges szerződésmegtámadási, kibúvási lehetőségek terjedése az alkotmánybíráskodás és más felülvizsgálati utak létrejöttével. Az idő pedig pénz, és ez különösen igaz a hivatásszerűen gazdasági tevékenységgel foglalkozók esetében. Így a több év utáni pernyerés itt alig valamivel jobb, mint a pervesztés, és éppúgy a csődöt hozhatja magával az előbbi is, mint az utóbbi. Bizonyos fókig tehát, mint a jogszolgáltatás garanciálisabbá tételének "bosszúja" fogható fel a választottbíráskodás szerepének növekedése. Ez magyarázza, hogy ma már az egyik fél hivatásos gazdasági tevékenysége mellett a másik fél egyszerű magánfél jellege mellett is lehetséges ez a "magánbíráskodás".

A választottbíráskodás alkalmazásának tényleges terjedelmét a nyugat-európai országokban jól mutatja az a '90-es évek elejéről származó adat, amely szerint ekkor a német gépipari szektorban az összes exportszerződés 80%-ában kikötötték ezt a szerződő felek (Böckstiegel 1992). Ráadásul Németországban még csak ezután liberalizálták igazán a választottbíráskodás igénybevételének lehetőségét! Magyarországon az 1994-es választottbírói törvény a világ egyik legliberálisabb megoldását hozta létre, de e jogi lehetőség tényleges igénybevétele még alacsony fokon maradt a '90-es évek folyamán. (Lásd a Gazdaság és Jog c. folyóirat évfolyamait, ahol állandó rovatban kommentálják a választottbírói döntéseket.)

Mennyiben érvényesül a "privát" mozzanat a választottbíráskodásban, és mennyiben van még jelen az állam meghatározó ereje? E kérdésre úgy tudunk válaszolni, ha külön választjuk a bírák kiválasztásában, illetve az eljárás lefolytatásának meghatározásában a felek szerepét.

A választottbíró kijelölése alapvetően a felek megegyezésén nyugszik. A hazai gyakorlatban rendszerint maguk a felek választják ki bírójukat a kereskedelmi és iparkamara által összeállított választottbírói listáról, és e listán ügyvédek, egyetemi jogászok, de más szakmák tagjainak neve is szerepel. De akár ezen kívüli választott bíróban is megállapodhatnak a felek. Maga a választottbíró a felekkel polgári szerződésben vállalja a feladat ellátását, és ebben határidő tűzésével kötelezettséget is vállalhat a döntés meghatározott időre való meghozatalára (Wallacher 1994:115).

A választottbírói eljárás szabályai alapvetően szintén a felek megállapodásán nyugszanak, és akár a szerződésük részeként rendezhetik azt, hogy miképpen folyjon le ez az eljárás, ha vitára kerül sor közöttük. Ám, ha nem szabályozzák ezt az eljárást, akkor a választottbíráskodásra vonatkozó külön törvényben vagy a rendes peres eljárásokra vonatkozó törvények részeként elhelyezett, erre vonatkozó rendelkezések lesznek irányadók. (A hazai szabályozás erre az esetre a választottbíróiságra vonatkozó 1994. évi LXXV. törvényben helyezte el a szabályokat.)

Jogszolgáltatásunknak ez a "privatizálása" kétségkívül radikálisan gyorsítja a jogi viták rendezését a felek között, de a felek esetleges gazdasági és más szempontú egyenlőtlenségei így jobban érvényesülhetnek a viták elintézésében is. Ezért például a korábbi német szabályozás rögzítette, hogy semmis az a megállapodás, melyet az egyik fél gazdasági vagy szociális helyzetének kihasználásával kötöttek. Ez azonban "felpuhította" ezt az eljárást, és a szigorú érvénytelenségi okok mellett tágabban megtámadhatóvá tette a választottbírói döntést - és ezzel ennek funkcióját kérdőjelezte meg -, így az új szabályozás már eltörölte ezt (Wolfgang 1997:125). Az állami jog és az állami bíróságok félretolása így teljesebben valósul meg a liberálisabb szabályozással.

### 5.2.2. Állami munkajog és "privát" munkajog

A munkaviszonyok szabályozása terén különösen szembeötlő az állami szabályozás és az államon túli magánjellegű meghatározás közötti arány kérdésének nyitottsága. Az olyan társadalmakban, ahol az állam szélesben szervezi a társadalom életét, és általában az etatizmus jellemzői dominálnak, a munkaviszonyok szabályozása döntő mértékben részletes állami szabályozással történik, tendenciaszerűen kiemelve a munkaszerződéseket a magánjogi szférából. Ezzel szemben, ha az állami társadalomszervezésben való bizalom kevésbé jellemző egy országban, ott a munkaszerződések alapvetően a magánjog szerint alakulnak, mint a többi szerződési fajta is, és az állam csak néhány ponton nyúl bele ezekbe. Ennek megfelelően a szovjet típusú társadalomszervezésben, így jó ideig Magyarországon is, a munkajog kizárólagosan állami munkajog volt, és a munkaviszonyokat teljes mértékben elvágták a magánjogtól. A munkaszerződésben a feleknek egy sor kötelező jogszabályi előírást kellett figyelembe venni, melyek az összes döntő ponton szabályozták központi szinten a munkaviszonyt (lásd Czuglerné 1990).

Az 1989-es rendszerváltás után Magyarország is a demokratikus politikai rendszerek piacgazdaság szerinti munkajogi szabályozására tért át. Ennek menetében a munkaviszonyok döntő pontjain megszüntették az állami szabályozást, és e helyett vagy teljesen a munkaszerződés feleire bízták a megegyezést, vagy a munkaadók és a munkavállalók érdekképviselői szerveinek kollektív megállapodásaira hagyták ezeket. Ténylegesen azonban úgy alakult a helyzet a '90-es évek folyamán, hogy a visszahúzódott állami munkajog helyére csak egészen kis

mértékben tudott teret nyerni a kollektív megállapodások "magán" munkajoga. Ennek okaként azt lehet megjelölni, hogy egyrészt a munkavállalói oldal szakszervezeti széttagoltsága a megegyezést nem teszi rendszerint lehetővé, másrészt a munkaadói oldal nem érdekelt abban, hogy létrejöjjenek a kollektív megállapodások (lásd D. J. 1998; Kádár 1998). Ha ugyanis nem jön létre a kollektív megállapodás egy munkahelyen, vagy egy egész ágazatban, akkor a munkaszerződés inkább mutatja a magánjogi szerződés jellemzőit, és a felek közötti gazdasági és más szempontú erőviszonybeli egyenlőtlenségek a munkaadók felé tolják el a meghatározás lehetőségét. Ráadásul azt a szabályozási technikát lehet látni a hatályos munkajogi szabályozásunkban, hogy ez minimumként határoz meg egy sor dolgot a munkavállalók számára, és a kollektív szerződésben csak a munkavállalók javára lehet számos kérdésben eltérni. Ez pedig abban teszi érdekeltté a munkaadókat, hogy akkor inkább ne is jöjjön létre a kollektív szerződés. Ebből adódik az, hogy most az ezredforduló körül a vállalatok alig 30%-ában vannak kollektív megállapodások, és egész ágazatokra ezeknek is csak egyharmadát sikerült kiterjeszteni, vagyis az összes ágazat alig 10-12%-ában van ma elfogadott kollektív megállapodás (lásd D. J. 1998). Ráadásul ezek a kollektív megállapodások is szinte csak a bérekre vonatkoznak, és a munkaviszonyok többi kérdésének szabályozását rábízák az egyedi munkaszerződésekre.

Ténylegesen tehát a munkaviszonyok szabályozásának három rétege közül a magánjogi munkaszerződés a döntő a mai hazai szabályozásban, és a visszavonult állami munkajog mellett csak csenevészsen fejlődött ki a kollektív megállapodások "magán" munkajoga.

A nyugat-európai országokban ezzel szemben a döntő súly e magán munkajogon van, és a munkaadók és a munkavállalók érdekképviselői szervei ágazatonként alkudják ki a munkaviszonyok részletes szabályozását (lásd Rupp 1998; Sodan 1998).

Jelezni kell, hogy egy befolyásos jogkoncepció is létrejött az elmúlt évtizedekben, amely az állami jog melletti "tárgyalásos" munkajogot mint a jog többi területének modelljét igyekezett kidolgozni. Ez a "reflexív jog" koncepciója, melyet Günther Teubner és Helmut Willke német jogtudósok dolgoztak ki a '80-as évek első felében. E jogkoncepció a társadalomelméleti kiindulópontjait a komplex rendszerek elméletéből vette, és ez alapján azt állítja, hogy a társadalom és egyes szektorainak fejlődése a mai szinten egy olyan komplexitási fokra jutott el, amely egyre inkább reménytelenné teszi a központi törvényhozás szintjén a viszonyok átlátását és adekvát szabályozását. Ebben a helyzetben az állami központ törvényei, miközben néhány dolgot szem előtt tartva igyekeznek problémákat orvosolni, az át nem látott teljes helyzet más irányú hatásai miatt egy sor új problémát éppen maguk hoznak létre, és aztán az ezek orvoslására megalkotott újabb törvények hatványozottan termelik az újabb és újabb problémák tömegét. A megoldás irányát Teubnerék abban látják, hogy az államnak fel kell adnia a reménytelen harcot a törvényi szabályozás szintjén, és az egyes társadalmi szférák szembenálló érdekképviselői szerveire, egyesületi csúcsszerveire kell bízni azt, hogy ezek egymás között alkudják ki az adott társadalmi szférák belső szabályozását. Ezt a kitágított kollektív megállapodási jogot az állam csak végrehajtási apparátusa révén egészítené ki, másrészt a kollektív megállapodások kialakulásának eljárását szabályozná a döntő pontokon az állami törvényhozás, hogy az erősebb pozícióban levő ne tudjon visszaélni helyzetével, és a szabályozás valóban az adott szféra érdekeltjeinek kompromisszumaival jöjjön létre. A munkaviszonyokon túl ezzel a megoldással a felsőoktatási szférában, az egészségügyben, a tömegkommunikációs szférában stb. az ottani szembenálló csoportok érdekképviselői szervei és csúcsegyesületei döntenék el a szabályozást, és ez lenne a "reflexív jog" a mai



állami törvényi jog helyett (lásd Teubner 1982; 1986; Teubner/Wilke 1984).

### 5.2.3. A magánfél meghatározó ereje a büntetőjogban

A büntetőjogban tisztán kivehető tendenciák mutatják, hogy az egyszerű társadalmak "magán" büntetőjogát a fejlődés folyamán visszaszorítja a közhatalom által üldözött bűncselekmények joga, és az eredetileg a sértett magánbosszújának közösség általi támogatását jelentő büntetőjog átváltozik az állam büntető hatalmának jogává (lásd Marton 1992; Zlinszki 1991). E változással a bűncselekmény áldozatának sérelme és kára háttérbe szorul, és helyére a közösség egészének védelme lép a jövőbeli bűnelkövetés megelőzésével. A büntetőjog és a büntető eljárás középponti alakjává így az államügyész válik, mint az állam büntető hatalmának képviselője, és a szintén az állami igazságszolgáltatató hatalom oldalán álló bíró előtt ütközik meg az elkövetés vádlottjával és ennek ügyvédjével. Ebben a szerkezetben a bűncselekmény áldozata és konkrét sérelme háttérbe szorul. Ez a folyamat persze eltérő gyorsasággal zajlott le az európai országok jogfejlődésében, és míg a kontinentális országokban az ügyészség széleskörű kiépítése mellett a bűncselekmények felderítésének állami feladattá tétele már az 1800-as évek második felére megvalósult, addig az angol fejlődésben még az 1900-as évek elején is sokkal szélesebben megmaradt a bűncselekmény sértettjének feladataként, hogy ő tegyen lépéseket a bűncselekmény feltárására, a bizonyítékok beszerzésére és azok bíróság előtti prezentálására (Günther 1973). A kisebb bűncselekmények magánjellegű üldözése így nagyobb mértékben fennmaradt Angliában, mint az ügyész-központú kontinentális büntetőjogban, de a XX. század folyamán itt is döntővé vált az állam bűnüldöző szerepe.

Ezen a hosszú távú tendencián látszik változtatni az utóbbi években megjelent új büntetőpolitikai törekvés, amely az állam büntetőhatalma és a közösség egészének (jövőbeli elkövetéstől való) védelme helyett erősebben vissza kívánja hozni a bűncselekmény áldozatának jóvátételét (lásd Seelmann 1990). A büntetőjog fő céljává így az áldozat sérelmének, kárának jóvátétele lép elő, és ennek következtében az elkövető büntetése is attól válik függővé, hogy milyen fokban vállalja az áldozat sérelmének jóvátételét. (Míg a jövőbeli elkövetés megelőzését célzó büntetőpolitikánál ez nem jön számba, és az elkövetett tett súlya, illetve az elkövető bűnösségének alacsonyabb vagy magasabb foka az igazán döntő fontosságú.)

Ez az "áldozatorientált" büntetőpolitika alapvető változást hoz létre a büntető eljárásjogban is, és az ügyész központi szerepének visszaszorítása mellett az áldozat és ügyvédje kerül előtérbe. Az elkövető számára az áldozattal való kiegyezés a jóvátételben az egész további büntetőeljárást befolyásolja, és akár a további eljárás megszüntetését is lehetővé teszi, de legalábbis jóval alacsonyabb büntetéssel megúszhatja az elkövető tettet, míg ezzel szemben a kudarc jóval magasabb büntetést eredményez (Seelmann 1990:165). A gyakorlatban ez a változás a vádlott és a sértett (áldozat) ügyvédjeinek alku-sorozatát teszi a büntetőeljárás középpontjává, míg az állam büntetőhatalmát képviselő ügyész jogosítványai a büntető perben függővé válnak a két ügyvéd alkujától. A németeknél még az is felmerült, hogy egy központi állami alapot kellene létrehozni a szabálysértésekért befizetett bírságokból, melyből kedvezményes kamatú kölcsönt vehetne fel az az elkövető, aki vállalja a sértettjének jóvátételét, mivel sokszor az elkövető anyagi helyzete teszi lehetetlenné a megegyezés létrejöttét (lásd Rixen 1994).

Ezzel a változással a büntetőper nagyon közel kerül a magánjogi per szerkezetéhez, és mintegy a büntetőjog "privatizálásaként" írható le ez a változás. Amennyiben

még a bíró passzív szerepe a tényállás megállapításában is hozzá járul ehhez - ahogy az angolszász jogrendszerekben még ma is jellemzőbb ez a kontinentális európai jogrendszerekhez képest -, akkor az áldozat és a vádlott ügyvédek szerepe még dominálóbban valósul meg.

Ez a változás az Egyesült Államokból indult ki, de kisebb fokban a kontinentális európai országokban is végbementek eltolódások ebbe az irányba. Ma még beláthatatlan, hogy mennyiben marad ez átmeneti jellegű, vagy mennyiben válik tartóssá ez a "privatizált" büntetőjog.

#### **5.2.4. A büntetésvégrehajtás privatizálása**

A felvilágosodás folyamán egyre inkább teret nyert annak elismerése, hogy a magánfelek, a magánhatalmak részéről az erőszak alkalmazása tilos, és ez a társadalomban az állam kizárólagos joga, a legitim erőszak monopóliumával rendelkező államot pedig a társadalom ellenőrzése alá kell helyezni. Ez az eszme a modern demokratikus jogállam egyik sarokkövévé vált, ezért érdekes megnézni azokat a fejleményeket, melyek az elmúlt években az állam legkizárólagosabb területén, a büntetésvégrehajtásban végbementek. Itt ugyanis a szabad jogállamban a lehető legerősebb szankciót is alkalmazni lehet az egyén szabadságának legális elvonásával a szabadságvesztés büntetésénél, és ennek lefolytatása a liberális jogállam legkizárólagosabb feladatát jelentette már a felvilágosodás óta (Flügge 2000:259-262). Ennek ellenére az 1980-as évek közepétől az Egyesült Államokban megindult a börtönök privatizációja, és ezt Nagy-Britannia és részben Franciaország is követte, de Németországban is vannak befolyásos jogpolitikai csoportok, melyek itt is szeretnék ezt megvalósítani (lásd Smartt 1995; Maelicke 1999; Lilly 1999; Paulus 2000).

Az eredeti amerikai eszme szerint - amely alapján a '80-as évek közepén a Reagan elnök által elindított általános "államtalanítás" részeként kezdték meg a magánbörtönök kiépítését az alacsonyabb biztonságot igénylő szabadságvesztési fokozatokban - a börtönöket üzemeltető vállalkozók elítéltenként és napi költségként számolva kapják az államtól a finanszírozást, és ebből kell megoldaniuk a szabadságvesztés végrehajtását az elítélteken. A börtönbeli viselkedés fontosabb pontjait állami törvény írja elő, de máskülönben a börtönvállalkozóra bízzák, hogy miként oldja meg a szabadságvesztés letöltésének megszervezését. Szűrőpróba-szerű vizsgálatokkal persze az állami börtönfelügyelet részéről igyekeznek ellenőrizni a magánbörtönök rendjét, és például egy dél-karolinai magánbörtönnel nem újították meg a '90-es évek végén a szokásos éves állami szerződést, mert bebizonyosodott, hogy az elítéltek egy csoportját állandó jelleggel kezükön-lábukon összebilincselve tartották (Lilly 1999:78-80). Mindenesetre 1998-ban az USA-ban 102 magánbörtön volt már, és itt 75 ezer elítéltet őriztek, igaz a teljes elítélt-létszám ekkor 1,6 millió volt. (Maelicke 1999).

Nagy-Britanniában 1988-tól léptek erre az útra az amerikai példa nyomán, mert a tapasztalatok azt mutatták, hogy mintegy 15-20%-kal olcsóbban meg tudják oldani a magánbörtönök a szabadságvesztés végrehajtásának szervezését, és még így is marad profit számukra, ezért a magánbörtönök építésébe is be lehet vonni a vállalkozói tőkét (Braun/Varwig/Bader 1999). A zsúfolt angol börtönviszonyok miatt kényszerhelyzetben lévő, ám az állami szerepvállalás növelésétől tartózkodó Thatcher-kabinet ekkor úgy döntött, hogy az újonnan épülő börtönök magánvállalkozói működtetésével oldja meg a gondot. Ez a fejlesztési irány a

kormányváltások ellenére azóta sem változott, és a jelenlegi munkáspárti kormány is alapvetően a magánbörtönök révén igyekszik megoldani a 2005-ig terjedő börtönfejlesztési programban a helyhiány problémáit (Lilly 1999; Maelicke 1999).

Franciaországban is elindultak ebbe az irányba a '90-es évektől, de itt az állami felügyeletet több ponton fenntartották a börtönök működése felett, és itt csak részleges magánosításról lehet beszélni. A németeknél ezzel szemben még részleges magánosítás sem ment végbe az eddigiekben, de a CDU és a Zöldek jogpolitikusi már felvették programjaikba a magánbörtönök intézményesítését. Igaz ennek realizálási lehetőségeit és az itteni korlátokat jelzi, hogy azokban a tartományokban, ahol kormányra kerültek e pártok és jogi lehetőségük is lenne erre, nem léptek a megvalósítás útjára. De a németeknél általában is kétségesnek tartják az alkotmánybíráskodás széles hatásköre miatt, hogy keresztül menne a magánbörtön - és így a legitim magánérőszak - alkalmazásának jogi lehetősége (Flügge 2000:259). Az állampolgárok fogva tartása és a kényszerintézkedések megtétele e körben nem lehet magánvállalkozók kezében e vélemények szerint, és ez csak a közösség ellenőrzése alatt álló államot illetheti meg.

Összegezve a büntetésvégrehajtás privatizációját azt lehet mondani, hogy a helyzet ma teljesen nyitott e téren, és míg az országok többségében ma is fennáll az állam monopóliuma, egy sor fontos országban nagy lépésekkel mennek a privatizáció felé.

\*\*\*\*\*

Színesebb tehát az államnak a jogot meghatározó hatalmának helyzete annál, amit a jogkonceptiók szintjén a jogelmélet hagyományos nézetei kifejtene. Alapvető tendenciák ugyan mutatják a komplex társadalmak fejlettségi szintje felé közeledve az állam fokozódó meghatározó erejét a jogi folyamat fontosabb pontjain, de mint elemzésünk mutatta, egy sor ponton lényeges ellenirányú folyamatok beindulása is látható. Megalapozott jogelméleti állítások pedig csak úgy tehetők, ha részletes információkkal rendelkezünk az egyes jogágak belsejében végbemenő változásokról.

## **IV. fejezet**

### **A jog forrásai, értelmezése és érvényessége**

#### **1. A jog forrásai**

A jogfilozófiai, a jogszociológiai és az általános jogdogmatika felöli

megközelítések sokasága a jog forrásainak kérdéseiről több tipológiát hozott létre már az 1900-as évek első évtizedeire. Alf Ross 1929-ben megjelent és már klasszikusnak számító összegzése három eltérő megközelítésre redukálta a jogforráselméleteket. A jogi norma kauzális megközelítése a "honnan ered?" kérdésre keresi a választ a jog forrásait vizsgálva. A "mitől nyeri érvényességét?" kérdés jellemzi a jogforráselméletek másik csoportjának megközelítését, és végül a "honnan ismerhetjük meg?" kérdésre koncentrálnak az elméletek harmadik csoportja (Ross 1929:290). A három csoportot közelebbről megismerve azt látjuk, hogy az elsőbe azok tartoznak, amelyek jogszociológiai módon az után kérdeznak, ami *okozatilag egy jogrendszerbeli tartalmat léthez juttat*. Pontosabban kifejezve azon okok után, amelyek olyan cselekmények felé, amelyek egy jogban jogteremtők, meghatározó erővel bírnak. Ilyenek a tradíciók, elterjedt vallási vagy morális nézetek, gazdasági erőviszonyok, osztályérdekek stb. A másodikba azok sorolhatók be, amelyek *a jog alapjának etikai meghatározói után kérdeznak*, amelyek a jognak morális erőt kölcsönöznek. Ilyenek pl. az isten akaratára, az észre, egy szerződésre, egy elismerésre etc. alapozó jogforráselméletek. Végül a harmadik csoportba *a jog felismerési alapja után kérdezők tartoznak*. Jelzi Ross, hogy e harmadik mind a két első jogforrás-felfogásnál felmerül, (ti. mindegyiket fel kell valahogy ismerni) tehát mint megismerési forrás is mindegyikben kell, hogy legyen valamilyen tényező. Így ez az alapvető kiindulópont.

Átfutva Ross saját jogforrás- és jogfelfogásáról adott összefoglalóját azt lehet mondani, hogy egy köztes álláspontot igyekszik elfoglalni Kelsen és a szociológiai (Ehrlich, Kornfeld) jogfelfogás között. A jog a társadalmi valóság változó tényei és az abból kiszakadó totalitás (lényegében értelmi rendszert ért alatta!) által meghatározott társadalmi normatömeg. Nem helyes Kelsen egyetlen alapnormából dedukáló jogrendszer-alkotása, mondja - helyette a társadalmi realitásra alapozott totalitást kell a jognak tekinteni, és akkor nem egy egyszerű logikai levezetés a jog, hanem egy átfogó összefüggésrendszer ("durchgehende Zusammenordnung"): "A jogrendszer logikája az átfogó összefüggésrendszerből áll". Ebből következik, hogy egyetlen végső jogforrás maga a rendszer, ti. az átfogó összefüggésrendszer.

Ross felfogása szerint a jog csak a teljesen konkretizáltan kimondott jog, és így az absztrakt jog még csak hipotézis. Minden norma csak az összefüggésrendszer fényében nyeri el értelmét, ezért is a végső jogforrás maga a rendszer. Ugyanakkor Ross a szociológiai jogfelfogástól is elhatárolja magát, melynek hívei a társadalmi tények meghatározásában feloldják a jogot. Ezzel szemben: "...a faktikus jelenség csak a rendszerbe betagolással nyeri el jogi minőségét." (Ross 1929:311). Tehát a kelsen-i pozitivizmus Szkepticizmusa és szociológiai jogfelfogás Kharüdisze között lehet megtalálni a helyes utat - véli Ross.

Jelzi még hogy nem a tételezettség adja a jog minőségét, hanem a társadalmi mozzanat. Vagyis hogy már szokásjogilag elterjedten működik jogként, ez adja a döntő mozzanatot, és a tételezett jog is ezzé alakulva válik joggá: "Végső soron minden jog szokásjogként működik".

Végül is Ross a jogteremtő meghatározókat elemzi a jogforrások címszáva alatt, és ezek között végsőnek a rendszert teszi, emellett a törvényhozó és a bíró önálló jogteremtő tényező. "Hogy egy tényező csak deduktívan konkretizálja a törvény kereteit vagy azon kívül önálló jogteremtő, az attól függ, hogy az adott jogi összefüggésre milyen meghatározó létezik. Ugyanis a jog összefüggésrendszere nemcsak deduktívan, hanem induktívan is épül folyamatosan" (Ross 1929:32). Vagyis a jogforrásokat *a rendszer*

("durchgehende Zusammenordnung"), a bírói döntések és a törvényhozói döntések adják.

A mai szerzők közül Klaus Adomeit vall hasonló felfogást, igaz ő még a közvéleményt is mint végső jogforrást fogja fel. Megítélése szerint a jognak négy jogképződési helye van: a törvényhozóknál, a bíráknál, a jogdogmatikusoknál és a közvéleménynél. "A négy jogképződési hely alapvetően egyenlő abban, hogy a belőlük származó meghatározókat jogként ismerjük el". Ezért hibás Kelsen leszűkítése a törvényhozóra mint egyetlen jogforrásra (Adomeit 1986:199).

A magyar jogirodalomban Peschka Vilmos foglalkozott a legrészletesebben a jogforrások problémáival (Peschka 1965; 1995), és rendszerint az ő összegzése határozta meg a legerősebben az elmúlt évtizedekben más magyar szerzők fejtegetéseit is. Idézi a materiális/formális jogforrás disztinkcióra Salmond-ot: "A formális jogforrás az, amiből a jogszabály ereje és érvényessége származik. Ez az, amiből a jogok hatalma ered. A materiális források viszont azok, amelyekből a jogok anyaga, nem pedig érvényessége származik." (Peschka 1995:15). Ezután az újkantárius belső/külső jogforrás disztinkciót idézi Somló Bódog "Jogi alaptan"-ából: "A belső jogforrás azt a tényezőt jelenti, amelyből a jog származik, a külső jogforrás pedig azt a megnyilvánulási formát, amelyben a jog megjelenik." (Peschka 1995:16.) Jelzi, hogy ez utóbbi nem más mint a materiális/formális disztinkcióból az utóbbi (formális) további belső kettébontását jelenti, és ezzel a materiális jogforrás eltüntetését is jelenti egyben. Ezután összegez Peschka, és azt mondja, hogy bizonyos jogforrás fogalmak a jog genezise szempontjából szemlélik a jogforrásokat, míg mások a jog megismerési forrása szempontjából fogalmazzák ezt meg. Így a jogforrások genetikai és gnoszeológiai fogalmaiban összegezhethetjük a sok eltérő meghatározást. Szabó Miklós ugyanezt tárgyalva a jogképződés módjait tematizáló és a jog hordozóira és ennek megismerhetőségére koncentráló jogforrásokra redukálja a sok megközelítést, bizonyos szempontból Peschkával egyezően, ám megítélése szerint, hogy ezt a legjobban Bodenheimer Jurisprudence c. könyve adja vissza a formális anti-formális jogforrások elkülönítésével. (Szabó 1995:33). Visszatérve Peschka disztinkciójára: "Aligha kétséges, hogy míg a genetikai jogforrásfogalom a jogalkotási folyamatra, addig a gnoszeológiai jogforrás fogalma inkább a jog realizálódási, alkalmazási folyamatára koncentrál" - írja, miután jelezte, hogy a tárgyi jog és az alanyi jog különbségét szem elé hozva is meg kell nézni a genetikai/gnoszeológiai jogforrásfogalom kettébontását (Peschka 1995:18). Összegezve e gondolatokat akkor a "genetikai jogforrás fogalom--törvényalkotás--tárgyi jog"-sorozat mellett a "gnoszeológiai jogforrás--jogalkalmazás--alanyi jog"--sorozat képe bontakozik ki az elemző előtt. E cikkben ezzel szemben azt szeretnénk állítani, hogy jobb ha a teljes jogforrás problematikát a *jogalkalmazó bíró posztjára helyezkedve nézzük meg*. Onnan ugyanis teljes vertikumában látható a jog, persze csak akkor, ha elég széles a jogkoncepciónk, és a jogot több rétegben fogjuk fel!

## 1.1 A jogforrások a többrétegű jog koncepciójában

A jog forrásainak elméleti tematizálását döntő módon befolyásolja az adott szerzőknek a jog egészéről vallott koncepciója, és attól függően, hogy szélesebben vagy szűkebben húzzák meg a jog határait, illetve, hogy hová teszik a hangsúlyokat a jog össz-szerkezetének leírásában, áll elő a keret a jogforrások tematizálására. Az

általunk vallott jogkoncepció a jog többretegűségéből indul ki, és a jog értelmi összefüggésrendszerét három hagyományos értelmi rétegben (szövegréteg, jogdogmatika, bírói kazuisztika), illetve az utóbbi időkben ezek fölé telepedő alkotmányos alapjogi rétegben látja megragadhatónak. A "három plusz egy" jogréteg arányai és egymáshoz való viszonya empirikusan is vizsgálható az egyes modern jogrendszerekben, és egy sor eltéréssel ugyan, de mindenhol kimutathatók ezek a rétegek.

A jogforrás fogalmának megértéséhez érdemes felidézni Niklas Luhmann elemzését, aki *döntési formákként ragadja meg a jogforrásokat* (lásd Luhmann 1981). Luhmann arra teszi a hangsúlyt, hogy a középkor folyamán nem jelent meg a jogforrás fogalma, és csak az 1800-as évektől vált ez a jogelmélet egyik fő kategóriájává. A nem változtatható jog világában, amikor a "régi jó szokások" adták a jogot, és ezek hatályon kívül helyezése nem merülhetett fel, értelmetlen lett volna a létező jog mellett valamilyen külön jogforrás után kutatni. A jog forrásai ekkor maguk a létező törvények, a kódexek voltak. Csak amikor gyakorlattá vált a hatályos jog folyamatos változtatása, és láthatóvá vált, hogy nem maga a létező törvény a jog forrása, hanem ez maga is valami mögöttes meghatározótól ered, és mindig új jogszabályok válnak létezővé, akkor jön létre a jog forrásai utáni kérdés. *Vagyis a jog pozííválódása, döntéstől függővé válása az újkort követően felgyorsulóan, kényszeríti ki a jog forrásaira rákérdezést* (Luhmann 1981:67-71).

Ezt a gondolatot úgy összegezzük, hogy *a jog döntésként megjelenése, és az ilyen döntéseket hozó döntési formák intézményesülése áll a jogforrás fogalmának megjelenése mögött*. Elemzésünkben ezen a vonalon haladunk tovább.

A jog számára forrásként számba jövő tényezők teljességét akkor lehet a legszélesebben behozni a vizsgálódásba, ha elemzéseink során az ítélkező bíró szintjén helyezkedünk el. A jog rétegeinek összegződése ugyanis mintegy vertikumként működteti a jogot, amelynek nyugvópontja az egyes eseti döntéseknél jön mindig létre. Persze fontos, hogy csak a bírói döntés szintjére helyezkedjünk, és ne az ő pozíciójába, mivel a bíró szükségszerűen az eset prizmáján keresztül leszűkítve figyeli meg a jogot, míg a külső szemlélő ezt nem teheti meg, és pl. a jogalkotás és az alapjogi réteg viszonyát illetve mindkettő és a jogdogmatika viszonyát is be kell fognia elemzésébe. A bírói döntés csak mint egy vertikumon végigfutó értelmi meghatározódás utolsó láncszeme jelent jó vizsgálódási pozíciót a jog rétegeinek együttes elemzése számára. *Összegezve a jogforrás fogalmát: a bírói és hatósági határozatokra rendszeresen ható döntési formák, melyekben a megjelenő normákat, normatív fogalmi iránymutatásokat írottjogi (alkotmányi, törvényi etc.) előírások tesznek kötelezővé, vagy ezek hiányában szokásjogként szankcionáltan jelentenek kényszert a bírák számára, jelentik azt a széles kört, melyek egy jogrendszerben jogforrásként jönnek számba.*

---

A legfrissebb nemzetközi szintű felmérések szerint (MacCormick/Summers 1991, 1997) az egyes jogrendszerekben a bírákra a következő meghatározók jelentenek – írottjogi vagy szokásjogi - kényszert döntéseik kialakításánál: 1. Államhatalmi normák (alkotmány, törvények, rendeletek, önkormányzati rendeletek etc.) 2. Törvényhozói, alkotmányozói, jogalkotói akaratot-szándékot kifejező döntéselőkészítő anyagokban rejlő iránymutatások. 3. Alkotmánybírósági döntéssel

létrehozott normatív meghatározók. 4. A legfőbb bírói fórum különböző típusú döntései és/vagy ebből bírói gyakorlattá szilárduló normák. 5. Bevett jogtudományi véleményekben jelentkező normatív iránymutatások.

Az egyes európai jogrendszerekben az ebből az öt jogforrásból (döntési formákból) származó normatív meghatározók eltérő arányban kifejlődve határozzák meg a bírakat döntéseik kialakításánál. Pl. míg Svédországban nagyon erős a törvény-előkészítési anyagokban rejlő normatív iránymutatások szerepe az egyes bírói döntések formálásában, addig ez máshol gyengébben vagy egyáltalán nem jelenik meg jogforrásként (lásd Peczenik/Bergholz 1991:311-358). Ugyanígy van olyan jogrendszer, ahol majd minden felsőbbbírósi döntésben található hivatkozás valamilyen felmerülő jogi dilemma eldöntésénél bevett (uralkodó) jogtudományi véleményre és ezt tartalmazó tanulmányra, monográfiára (pl. Németországban), míg máshol ez formálisan is tiltott, és nem hozható fel az ítélet indokolásában (pl. Franciaországban). Ugyanezek az eltérések kimutathatók a bírói precedensjog és a bírói gyakorlat jogforrásként történő elismerésénél az egyes országok között.

A következőkben azt az utat választjuk az öt jogforrás működésének bemutatásában, hogy elsősorban a magyar jogrendszerre összpontosítunk, és egy-egy jogforrás elemzésénél villantunk fel néhány összehasonlító utalást más jogrendszerek felé.

## 1.2. A jog forrásai a magyar jogrendszerben

A magyar jogrendszert illetően különösen fontos, hogy a formáljogilag - alkotmányban vagy törvényben – rögzített jogforrások mellett a szokásjogi rögzítettséggel rendelkező jogforrásokat is bevonjuk a vizsgálódásba, ha nem akarjuk elvéteni a hazai jogi élet realitásait. Jelezni kell, hogy a magyar jogforrási helyzet bemutatásánál azokra az empirikus felméréseinkre támaszkodunk, melyek az elmúlt évek tekintetében összesen mintegy kilencszáz, "Bírói Határozatok"-ban megjelent felsőbbbírósi döntés alapján elemezték a magyar bírák ítélezését (lásd Pokol 1999b, 2000).

**(Az államhatalmi normákat (alkotmány, törvény, rendelet stb.) létrehozó döntési formák mint jogforrások)** A magyar jogrendszerben a bírák és a jogot eseti jelleggel kimondó más döntéshozók számára az államhatalmi normák központi szerepet játszanak. A különböző jogágakat tekintve egy skálán elhelyezve legerősebb az állami normák szövegéhez kötöttség - vagyis a szövegréteg által kifejezésre jutó értelemezéshez kötöttség - a közigazgatási jogban, ezután a büntetőjogban és némileg oldottabban a polgári jogban. Az erős szöveghez kötöttség a közigazgatási jogban azt jelenti, hogy itt a jog forrása leszűkül az államhatalmi normákra, és a többi forráson keresztül nem éri a bírót vagy más jogalkalmazót normatív iránymutatás. Többek között ebből is következik az állami közigazgatási normák (törvényi rendelkezések, rendeleti előírások stb.) részletező jellege. Csak így válik lehetővé ebben az elrendezésben az eseti jog kimondásánál

az előre kiszámítható beszűkítés iránya, a kiszámítható jogszolgáltatás biztosítása. A büntetőjogban a viszonylag szintén erős szöveghez kötöttség - az itt használt absztrakt fogalmak és nyitott értékeléseket tartalmazó kifejezések alkalmazása miatt - csak további jogforrásokból származó értelmi meghatározók bekapcsolása mellett lehetséges, és csak ezekkel együtt válik lehetővé a kiszámítható bírói döntés és jogszolgáltatás. Ugyanez a polgári jognál még inkább jellemző.

Az államhatalmi normák jogforrási jellegénél kell még jelezni az alkotmány korlátozott megjelenését az eseti jogalkalmazói döntéseknél. A magyar jogrendszerben - szemben pl. az amerikaival vagy részben a némettel - az *alkotmány jogforrási szerepe a törvényhozás és más állami jogalkotói folyamatok felé jelenik meg*, és a törvényi rendelkezések, a rendeleti előírások formálásánál fejt ki hatását. (Vagy amennyiben "nem fejt ki eléggé hatását" és az adott jogszabály megalkotásánál nem veszik figyelembe az alkotmány előírásaiból származó útmutatásokat, akkor az alkotmánybíróság döntésével megsemmisíti azt.) Az egyes bírói ítéletekben azonban már nem jelennek külön orientálódási pontot az alkotmányi előírások, hanem már csak a törvényi rendelkezésen keresztül, abba beleolvadva érik el a bírakat. Az 1989-es rendszerváltást követően, amikor felbukkant a hazai jogban az alkotmánybíráskodás intézménye, ebbe az irányba ösztönözte a magyar bírói kart és a jogalkalmazói szférát - korábbi évtizedek hagyományai mellett - egy irányadó alkotmánybírói döntés is 1991-ben, amely kimondta, hogy az alkotmánybíróság nem kívánja megkérdőjelezni a Legfelsőbb Bíróság jogalkalmazás irányítási monopóliumát, és döntéseivel mindig magára az alkalmazandó jogszabályra korlátozódik. (lásd az 57/1991-es AB határozatot). Szemben pl. a németekkel, akik felállították az eseti jogalkalmazó számára az alkotmánykonform értelmezés elvét és előírták ennek főbb összetevőit. A németek ezzel bevonták az alkotmány előírásait (és vele az alkotmánybírói döntéseket) a bíró és más jogalkalmazó döntéseinek meghatározásába. Míg magyar - anélkül, hogy ezt szándékozta volna - kirekesztette e döntésével az alkotmány szintjét és az alkotmánybírói döntéseket a bírói ítéletek meghatározásából.

**(A törvényelőkészítési anyagokban található normatív iránymutatások jogforrási jellege)** Az államhatalmi normák létrehozására irányuló jogalkotási folyamatokban a modern demokratikus államokban egy sor dokumentum keletkezik, melyek az egyes jogalkotási folyamat végén elfogadott jogszabály értelmi összefüggéseire vonatkozóan informatív erővel rendelkeznek. Ezért már nagyon korán felmerült a kérdés, hogy mennyiben veheti vagy kell figyelembe vennie a bírónak ezeket a dokumentumokat az adott jogszabály alkalmazásánál. Tiltás ezen a téren formálisan is csak az angol jogrendszerben található, de tiltás nélkül is meglehetősen ritkán fordul elő a modern jogrendszerekben, hogy a bírák ezekhez fordulnának. A szórványos előfordulás mellett elsősorban a svéd jogrendszer az, ahol viszonylag nagyobb gyakorisága van ennek. Épp ezért itt a törvénysszöveg mellett mindig publikálják erre rendszeresített közlönyökben az egyes törvények előkészítésénél keletkezett dokumentumokat (a törvény koncepcióját tartalmazó irányelveket, melyeket a szakminisztérium készített el a törvényelőkészítés kezdőpontjaként, a parlamenti bizottsági vitákban felmerült véleményeket összegző dokumentumot stb.), és a végén együtt kiadják ezeket az elfogadott törvénysszöveggel, mintegy annak "alátéteként". E hagyomány miatt a svéd törvények szövegében levő értelmi meghatározások, normatív iránymutatások absztraktabb szinten maradhatnak, mert az előkészítési anyagokban található támpontok szolgálnak részletezésként (lásd Bergholz/Peczenik 1991: 327).

A magyar jogrendszerben elvont módon néha felmerül a bírói ítéletekben a törvényhozó akaratára, "nyilvánvaló szándékára" utalás, de ennek bizonyítékeként soha nem fordul elő törvény-előkészítési anyagokra hivatkozás. E helyett a törvény



miniszteri indokolásra történik néha utalás a bírói ítéletekben, de hát annak kevés köze van a tényleges parlamenti szándékokhoz, és inkább a miniszteri előkészítő apparátus akarátát fejezik ki. (A magyar országgyűlési vitákban az indokolás nem is szerepel a módosítási javaslatokkal érinthető szövegfelülethez, ezzel szemben a törvényszövegek finomítására sokszor tömegesen fogadnak el módosító javaslatokat a törvények országgyűlési vitáiban.) Mindenesetre észlelhető, hogy a miniszteri indokolásra hivatkozások is háttérbe szorultak az utóbbi években a bírói ítéletekben, míg az 1970-es években még gyakorinak volt ez mondható.

**(Az alkotmánybírósági döntési formák jogforrási jellege)** A törvények és más jogszabályok létrehozásánál nem lehet eléggé hangsúlyozni a hazai alkotmánybírósági döntések jogforrási jellegét. Egyik fontos aspektusát jelenti a törvényelőkészítési munkáknak a vonatkozó alkotmánybírósági döntésekben rejlő normatív iránymutatások elemzése, és a törvényjavaslat vagy más jogszabálytervezet tartalmának e szerinti alakítása. A szinte korlátlan folyamodási jog az Alkotmánybíróság felé és az Alkotmánybíróság széles jogszabály-megsemmisítési joga - vagy az elfogadott törvény kihirdetésének megakadályozása ennek alkotmányellenessé minősítésével – a legnagyobb súlyt biztosítja az alkotmánybírósági döntések jogforrási jellegének az államhatalmi normák alkotásának szintjén. Ám a már jelzett 57/1991-es alkotmánybírósági döntés által lehetővé téve (amit a Legfelsőbb Bíróság nagy meglepéssel nyugtázott és saját döntésével megerősített az alsóbb bíróságok felé, lásd pl. a 1998/223 BH-t) kialakult az a gyakorlat, hogy az alkotmánybírósági döntések érvei és a bennük rejlő normatív iránymutatások nem kapnak helyt az eseti bírói döntésekben. A több száz felsőbbbírósági döntés elemzése azt mutatta, hogy alig két-három esetben történt alkotmánybírósági döntésre hivatkozás, és amikor nagy ritkán alkotmányos alapjogi értelmezés merül fel a legfelsőbb bírói fórum döntésében, akkor is alapvetően más hangsúlyok határozzák meg az értelmezést, mint ami az alkotmánybíráknál felfedezhető.

Összegezve tehát: az alkotmánybírósági döntések jogforrási jellege döntően a törvényi rendelkezések kialakítása felé jelenik meg, és ezután már csak ezek által abszorbeálódva továbbítódnak az eseti bírói döntések felé.

**(A Legfelsőbb Bíróság döntési formái mint jogforrások)** Itt különösen fontos kiemelni az írottjogi rendelkezések és a szokásjogi rögzítettség eltéréseit. Formáljogi síkon az alkotmány 47.§-a rendelkezik a Legfelsőbb Bíróság egyik döntési formájának, a jogegységi határozatnak kötelező jellegéről a bíróságok felé, azaz ennek jogforrási szerepéről. Ez az alkotmányi rendelkezés 1997 október 1.-én lépett hatályba, és az eddigi időpontig az írott jog szintjén a legfőbb bírói fórum két másik döntési formája, az irányelv és az elvi döntés volt kötelező a bíróságokra. Az e formákban megjelent normatív iránymutatásokat a bírák kötelesek voltak a releváns törvényhelyek kereteiben felmerülő jogi dilemmák eldöntésénél figyelembe venni, és ezek szerint eldönteni ezeket. Az 1997 októberétől bevezetett új jogegységi határozati forma óta az írott jog szintjén ezek már nem kötelezők a bírák számára, de empirikus felméréseink szerint változatlanul kötelezőnek tekintik a bírák ezeket, és ha ezt nem teszik, akkor a Legfelsőbb Bíróság bírái a fellebbezési vagy felülvizsgálati eljárásban eléjük kerülő ilyen ítéletet jogszabálysértés címén megsemmisítik. *Az írottjogi rögzítettségből tehát a szokásjogi rögzítettség és szankcionálás szintjére átkerülve, de nem kevésbé jogforrásként szerepelnek ma is az elvi döntések és az irányelvek.* Az e döntési formákban sok év alatt felhalmozódott normaanyag léte miatt nem is alakulhatott a helyzet másképp, hisz eltűnésük esetén az absztrakt törvényhelyek között naponta felmerülő jogi

dilemmák sokezres tömegét másképp döntenék el az ország egyes helyein, ami hamar káoszt idézne elő a jogszolgáltatásban.

Azt lehet mondani, hogy e két döntési forma arra a szintre került, ami a Legfelsőbb Bíróság kollégiumi állásfoglalásait mindig is jellemezte. Ugyanis az ebben a döntési formában megjelent legfőbb bírói normák soha nem rendelkeztek az írottjogi rögzítettség szintjén jogforrási jelleggel, de szokásjogilag szankcionálva már évtizedek óta azokká váltak. A felsőbírói döntéseket elemezve azt lehetett megállapítani, hogy mintegy az esetek ötödében van hivatkozás az elvi döntésekre, irányelvekre és kollégiumi állásfoglalásokra, és bármelyik releváns norma követésének elmaradását, amely e három döntési forma valamelyikében megjelent, ítéletmegsemmisítés vagy megváltoztatás követi a fellebbezés vagy a felülvizsgálat (régbben: törvényességi óvásra indított eljárás) folyamán.

E jellegváltozás létrejöttében szerepet játszott az említett 1997 októberi alkotmánymódosítás felemás jellege. Ugyanis az elvi döntésekben és az irányelvekben felhalmozódott normaanyag sorsáról ez a módosítás nem rendelkezett, és azáltal, hogy törölte e döntési formák kötelező jellegét, még nem válaszolta meg azt a felmerülő kérdést, hogy mi lesz az ilyen formákban felhalmozódott normaanyaggal. Ha az lett volna a cél, hogy megszüntessék az egyedi ügyekben ítélező bírák döntési szabadságát beszűkítő legfelsőbb bírói normaanyagot, akkor - a kialakult normaanyag léte miatt - ennek eltiltását is ki kellett volna mondani. (Persze mint említettük, ekkor országos szinten megszűnt volna nagyon hamar az egységes ítélezés.) Ha pedig az új jogi forma, a jogegységi határozat keretébe akarták volna átömlesztetni ezeket, akkor egy időhatár tűzésével felhatalmazhatták volna az új jogegységi tanácsokat, hogy egy szelektálás után, mint jogegységi határozatokat hirdessék ki és léptessék hatályba a korábbi normaanyagot. Ebben az esetben a harmadik döntési formában, a kollégiumi állásfoglalásokban létező normaanyagot is átemelhették volna ide egy szelektálás után. Mivel ez nem történt meg, ám a bírói hierarchia változatlanul a Legfelsőbb Bíróság irányítása alatt maradt, így spontán módon ment végbe a jellegváltás, és a formáljogilag kötelező jogforrásokból szokásjogilag rögzített jogforrásokká váltak. Új normaanyagot mindenesetre már nem alkotnak e formákban a legfőbb bírónk, és e normák módosítása már csak a jogegységi határozatokban megy végbe.

A három elemzett, legfőbb bírói jogforráson túl találhatunk még egy negyedik jogforrási formát, ez pedig a *Legfelsőbb Bíróság eseti döntéseiből megszilárduló bírói gyakorlatokban ragadható meg*. Ezen a téren az elmúlt évtizedekben jelentős változások mentek végbe. Empirikus felméréseink szerint az 1970-es években a büntetőjog területén vetődött fel viszonylag ritkán (kb. a büntető bírói ítéletek tizedében) a törvényhelyek által nyitva hagyott jogi dilemmák eldöntésére a vonatkozó korábbi legfőbb bírói eseti határozatokban megjelenő iránymutatásra hivatkozás és döntés, míg a polgári ítéletekben ez szinte teljesen hiányzott ekkor. Ezzel szemben az 1990-es évekre már - évről-évre növekvő módon - a büntető ítéletek majd felében, míg a polgári felsőbírói döntések egyötödében alapítják az ítéletet a törvényi rendelkezések mellett ezekre. A szankcionálás erősségét jelzi, hogy sokszor törvénysértésnek minősítik a Legfelsőbb Bíróság bírái, ha az eléjük kerülő alsóbb szintű ítéletekben nem követték a korábbi releváns eseti döntéseiket, illetve az ezek köré kialakult bírói gyakorlatot. Bár egyetlen eseti döntést még nem tekintenek kötelezően követendőnek, de ha már több ilyen felsőbírói döntés kimondott egy normatív iránymutatást, akkor mint bírói gyakorlatot kötelezőnek tekintik azt, és az attól való eltérést szankcionálják a Legfelsőbb Bíróság bírái az eléjük került ügyekben.

Összegezve tehát a Legfelsőbb Bíróság döntési formái között létező jogforrásokat a *jogegységi határozatot* mint írottjogilag kötelező, *az elvi döntést, az irányelvet és a bírósági gyakorlattá szilárduló legfőbb bírói eseti döntéseket* mint szokásjogilag kötelezőnek tekintett és szankcionált jogforrásokat kell kiemelni.

**(Jogtudományi véleményekben kialakuló normatív iránymutatások jogforrási jellege)** A kialakult jogdogmatikai fogalmi rendszerek és osztályozások összefoglalásait jogi tankönyvek, monográfiák és tanulmányok tartalmazzák, és ezeket nagy mértékben figyelembe veszik a jogszabályok megalkotásánál. De ezen túl magában a jogász szocializációban is átadásra kerülnek ezek a kategóriarendszerek, osztályozások a jogászság egészében, és a jogalkotásban résztvevő jogászok evidens módon használják ezeket. Ugyanígy az újonnan kibomló alkotmányos alapjogi réteget működtető alkotmánybírósági döntések számára is fontos támpontokat jelentenek az egyes alapjogok összefüggéseit, illetve az alapjogi bíráskodás átfogó kérdéseit elemző tanulmányok megállapításai a legtöbb országban, ahol van alkotmánybíráskodás.

A bírói döntés szintjére települő vizsgálódás ezek mellett azt kívánja feltárni, hogy *az egyes bírói döntések kialakításánál, az absztrakt törvényhelyek adott esetre konkretizálásánál milyen szerepet játszanak a jogtudományi vélemények, iránymutatások?*

A kiindulópontunknál már jelzett álláspont szerint akkor tekinthető jogforrásnak valamely normatív iránymutatást tartalmazó tényező, ha ez formáljogilag előírtan vagy szokásjogilag kényszerítő erővel ruházódik fel az eseti bírói döntés vagy más jogalkalmazói döntés kialakítására. Így a most vizsgálandó kérdés az, hogy a törvények, a precedensek, a bírói gyakorlat, az alkotmánybírósági döntések mellett megjelenik-e a bírói ítéletekben a jogtudományi iránymutatásokra hivatkozás az egy-egy törvényhely által nyitva hagyott jogi dilemmák eldöntésénél, és ennek gyakorisága eléri-e azt a szintet, amikor a kényszerítő erő képzete is társul már ehhez? Ha egy jogrendszeren belül ezt a szintet eléri a releváns jogtudományi iránymutatásokra hivatkozás gyakorlata, akkor legalábbis *a bevett jogtudományi iránymutatások jogforrásnak tekintendők.*

A modern jogrendszereket vizsgálva azt lehet látni, hogy nagy eltérés van ezen a téren. Több országban tilos a bírák számára a jogtudományi véleményekre hivatkozás, pl. Angliában, Franciaországban. Lengyelországban név szerint nem lehet szerzőre hivatkozni egy-egy jogtudományi vélemény felidézésénél a bírói döntésben, de releváns jogtudományi vélemények említhetők (lásd Wróblewski 1991:267). Mindenesetre nem tűnik elterjedtnak a lengyeleknél sem ez a forma. Németországban azonban nagyon gyakori a felsőbbbírósági ítéletekben a felmerülő jogi dilemmák eldöntésénél a releváns jogtudományi szerzőkre és műveikre hivatkozás.

Itt kell kitérni az “uralkodó vélemény” fogalmára, mivel ez a németeknél bevett jogforrásnak tekinthető. A német bíróságok ugyanis - még a Begriffsjurisprudenz múlt századi fénykorában kialakultan - sokszor hivatkoztak döntési alapként az “uralkodó tanra” (“herrschende Lehre”) egy-egy törvényhely alkalmazása közben. Az “uralkodó tan” tiszta jogtudósi termékként és az ezt reprezentáló szerző vagy szerzők azonosításával terjedt el a joggyakorlatban. Az 1900-as évektől kezdve, ahogy a fogalomjogászat és vele a tisztább jogtudósi dominancia háttérbe szorult és a felsőbbbíróságok jogalakító szerepe nőtt meg velük szemben, az uralkodó tant az “uralkodó vélemény” (“herrschende Meinung”) váltotta fel. Ez már *a bírói*

gyakorlat által befogadott jogtudósi véleményt jelzi. Ebben a formában meglehetősen gyakori ma is a németeknél a felsőbírósági ítéletekben a "hM"-re ("herrschende Meinung"-ra) hivatkozás. A bírói gyakorlattal felerősített jogtudósi iránymutatás tehát a gyakoriság és szokásjogi szankcionáltság miatt Németországban jogforrásnak tekinthető.

A magyar jogrendszerben - a lefolytatott empirikus vizsgálatok szerint - a jogtudósi iránymutatások nem tekinthetők jogforrásnak. A több száz felsőbírósági döntés elemzése azt mutatta, hogy alig egy-két esetben található nálunk "jogirodalmi véleményre" hivatkozás. Új vonást jelent azonban ezen a téren a jogegységi határozatok most formálódó döntési stílusa. Itt ugyanis nagyon markánsan megjelenik a jogi dilemmák eldöntésénél a jogtudományi körökben felmerült vélemények elemzése - konkrét szerzőkkel és művekkel -, és sokszor ezek valamelyikére támaszkodva döntenek el a felmerült jogi kérdéseket. A jogegységi határozatok kis száma - alig harminc született a bevezetés óta eltelt két év alatt - azonban még nem tesz lehetővé megalapozott állítást ezen a téren. Ám ha ez a forma lábra kap, és a Legfelsőbb Bíróság meglévő normaanyagának módosítási szükségletei felgyorsítják ezek kiadását, akkor ez a döntési stílus elterjedve egy idő után szokásjogi szankcionáltságot adhat az uralkodó jogtudományi véleményeknek a többi bírói szinten is. A Legfelsőbb Bíróság döntési stílusa ugyanis hosszabb távon minden országban meghatározza az egész bírói hierarchia döntési stílusát is.

Összegezve a jogforrások helyzetét a hazai jogrendszerben az *államhatalmi normák*, ezen belül elsősorban a törvények jogforrási szerepe mellett a *Legfelsőbb Bíróság négy jogforrását* (az írottjogi rögzítettséggel rendelkező jogegységi határozatot, és a szokásjogi rögzítettség szintjén lévő elvi döntést, irányelvet valamint a bírói gyakorlattá szilárdult legfőbb bírói eseti döntéseket) kell említeni; a kifejezetten a jogalkotás szintje felé irányuló (és az eseti bírói döntések felé megállított) *alkotmánybírósági döntések "megfelezett" jogforrási jellegét* és végül *kezdődő jelleggel a jogtudományi iránymutatások jogforrási szerepét* kell kiemelni.

---

## 2. A jog értelmezése

A hazai jogtudományi munkákban a jogértelmezés kérdéseiként szerepelnek a következőkben található elemzések, így itt is ezt a címet választottuk. Ám, ha egy többretegű jog koncepciójából indulunk ki, amelyben a jog szövegrétege mellett önálló jogrétegeként a jogdogmatika, a bírói kazuisztikában leülepedő normák, maximák és más döntési támpontok rétege, valamint az alkotmányos alapjogok és alapelvek rétege is megjelenik, akkor a hagyományosan "a jog" értelmezéseiként elemzett kérdések *csak mint a szövegréteg összefüggései fogalmazhatók meg*. Úgy is mondhatnánk, hogy ez az elemzés a szövegrétegből kitekintve mutatja meg a jog egy sajátos szeletének működését.

A magyar jogi élet és a jogi oktatás számára a jogértelmezés tematizálását, fő

kérdéseinek kiemelését még Szabó Imre végezte el (Szabó 1958; 1960), és az általa kiemelt tézisek azóta is - leülepedve több jogászgeneráció ismeretei közé - mint evidenciák irányítják a válaszokat, ha valaki a jogértelmezésről beszél. Ez a tematizálás azonban egy olyan korszakban született, amikor a decizionista szövegpozitizmus a legkeményebben irányította a jog felfogását. ("A jog az, amit az államhatalom döntéseiben kihirdet.") Így tulajdonképpen a jogértelmezés teljes mértékű szöveghez kötöttségét lehetett leszűrni Szabó jogértelmezési tematikájából. Persze, hogy ez mennyire a hatalom akkori természetéből következett, az kivilágolt Szabó Imrének abból a megjegyzéséből, hogy a "korábbi szovjet álláspont" szerint jogértelmezés nem is volt lehetséges a jogalkalmazásban, tulajdonképpen csak a hivatalos szervek értelmezése jelentette a jogértelmezést, és a bíró esetében ettől elkülönítve csak jogalkalmazásról beszéltek, és itt jogértelmezést eleve nem is tettek lehetővé (Szabó 1960:55). Könnyen belátható azonban, hogy a jogot feszesen az állami-pártöntésekhez kötő jogfelfogásnál a jog értelmezése - még a "korábbi szovjet álláspont" meghaladása után is - már eleve mint fellazító tevékenység jelent meg, és ezért Szabó Imrének a jogértelmezésre vonatkozó, máig ható tematizálása implicite ezt közvetíti ma is.

A jogértelmezés visszametszése ebben a korszakban másrészt hatott abban az irányban is, hogy a jogtudományban sem foglalkoztak részletesebben ezekkel a kérdésekkel. A jogi oktatás számára elegendő volt a nyelvtani, logikai, rendszertani és a történeti értelmezés említése, de üres elméletieskedés lett volna bővebben foglalkozni azzal, ami a gyakorlatban amúgy sem működött.

Az elmúlt tíz év során, a '90-es évek elejétől alapvetően megváltozott a helyzet ezen a téren, és a bírák tevékenységében élettől kezd megtelni a jogértelmezés tárháza. Sőt, a felbukkanó kritikák azt mutatják, hogy a bírák a hirtelen megnövekedett döntési szabadságukban sokszor a legeltérőbb döntéseket hozzák ugyanabban az ügyben, vagy szokatlan jogi alapról kiindulva döntenek. A kitáguló bírói döntési szabadság csak akkor nem vezet jogi önkényhez, és marad meg a kiszámítható jogszolgáltatás, ha a jogtudományban rendszeresen újra gondoljuk a jog értelmezésének alapkérdéseit, ha bemutatjuk, hogy a nyugati jogrendszerekben milyen hangsúlyok figyelhetők meg ezen a téren. A bírói joggyakorlat ezt belülről - a napi döntési teher nyomása alatt - nem tudja elvégezni.

Jogértelmezésre irányuló elemzésünkhöz ez a felismerés adta az ösztönzést. Segítséget és iránymutatást pedig döntően a "Bielefeldi Kör" kutatásai nyújtották, amelyben Európa és Amerika különböző országaiból egy sor neves tudós 1985 és 1991 között végzett kutatómunkával feltárta a jogértelmezési műveletek tényleges állapotát. (Ennek összegzését lásd: MacCormick/Summers 1991).

## 2.1. A jogértelmezés alapjai

Ha nem állunk meg egy-egy ország jogrendszerénél, és egy sor jogrendszert együttesen veszünk szemügyre, akkor *tizenkét jogértelmezési alapot* tudunk elkülöníteni, amelyekből a törvények és más jogszabályok értelmét meghatározhatjuk. Egy-egy országban persze nem egyforma súllyal esnek latba ezek az értelmezési alapok, és van ahol némelyik teljesen ismeretlen, másokban szinte mindegyik használatos valamilyen fokban. Ezek tehát a következők: 1. A jogi szöveg értelmezése a használt szavak hétköznapi értelme szerint. 2. A jogi szöveg értelmezése egyes szavak speciális-technikai értelme szerint, amennyiben egy szónak, kifejezésnek ilyen értelme is van a hétköznapi értelme mellett, vagy eleve csak ilyen értelme van. 3. A

kontextuális értelmezés a jogi szöveg olyan értelmezését jelenti, amikor az egyes rendelkezések szavait a jogszabály egészébe vagy a kapcsolódó jogszabályok együttesébe illesztve ruházzuk fel értelemmel. 4. A jogi szöveg értelmezése joglogikai maximák alapján. 5. A jogi szöveg értelmezése analógia útján. 6. A jogi szöveg értelmezése az adott jogszabály korábbi alkalmazásakor létrejött precedensek alapján. 7. A doktrinális-jogdogmatikai értelmezés. 8. A jogi szöveg értelmezése a jogági jogelvek, illetve a jog általános elvei fényében. 9. A jogi szöveg értelmezése az alkotmányos alapjogok és alapelvek fényében. 10. A jogi szöveg értelmezése a jog vagy egyes jogág mögöttes etikai értékei fényében. 11. A jogi szöveg értelmezése a az adott jogszabály céljai fényében. 12. S végül a jogi szöveg értelmezése a jogalkotó akarata alapján.

Nézzük meg a felsorolt értelmezési alapoknál felmerülő összefüggéseket részletesebben.

### **2.1.1. Hétköznapi-szószerinti értelmezés**

A szavak és kifejezések alapul vételével történő értelmezésnél az egyik eldöntendő kérdés az, hogy ha van egy szónak speciális szakmai-technikai értelme, akkor ezt kell-e előnyben részesíteni, vagy a szó általános hétköznapi értelme az irányadó a jogalkalmazó számára? E dilemmára az egyes országokban eltérő gyakorlattal válaszolnak. A lengyeleknél, ha nincs explicit jogi definíció egy kifejezésre, akkor a hétköznapi értelmet kell elfogadnia a bírónak. Ezzel szemben a franciáknál, ha ellentét van egy szó hétköznapi és speciális-szakmai értelme között, az utóbbi az irányadó (lásd a lengyelhez Wróblewski 1991:262; a franciához Troper/Grzegorzcyk/Gardies 1991:185). Az angol írott jog értelmezésénél szintén hétköznapi-általános értelmet kell tulajdonítani a szavaknak, és az indok úgy szól, hogy az általánosan mindenki felé irányuló jogszabályokat azzal az értelemmel kell alkotni, ahogy azt a laikusok érthetik. Ennek ellenére vannak jogterületek - pl. az adójog -, amelyek részletei csak szakértők által érthetők a bennük használt technikai kifejezések tömege miatt.

A következő kérdést a szavak értelmének változása veti fel. Különösen a sok évtizeddel korábban kiadott jogszabály esetén merülhet fel eltérés az egyes szavak értelmét illetően az adott jogszabály alkotásának időpontjában és jelen időben való alkalmazása között. Még politikai rendszerváltások nélkül is átalakulhat a szavak és kifejezések hétköznapi értelme néhány évtized alatt. Itt a fő szabály az, hogy mindig az alkalmazáskori értelemről kell kiindulni, és nem a szavaknak a jogszabály megalkotásának időpontjában lévő értelme az irányadó. Ám ha egy jogrendszerben a jogalkotó szándékának, akaratának fényében való értelmezés kiemelkedő szerepet tölt be - ez lesz a 12. pontban részletezett értelmezési alap -, akkor éppen, hogy az alkotáskor meglévő értelem válik fontossá, és nem a jelenkori értelem lesz a döntő. Mindenesre a fő szabályként jelzett megoldás indoka abban áll, hogy ha a szavak új értelme szemben állt volna a mai jogalkotó akaratával, akkor már jogszabály-módosítást hajtott volna végre, és ennek elmaradása vélelmezhetővé teszi a jogalkotó új értelem melletti kiállását.

### **2.1.2. A speciális-technikai szószerinti értelmezés**

Itt külön kell választani a szavak jogi technikai értelmét és a más szakmákban létrehozott - a hétköznapiétól eltérő - értelmet. Míg az előbbi prioritást élvez minden jogrendszerben, addig a többi szakma speciális-technikai értelemben használt szavai a legtöbb jogrendszerben nem tudják háttérbe szorítani a hétköznapi értelmet. Vannak azonban tendenciák a joggyakorlat "társadalomtudományiasítására", és egyes

jogászcsoporthoz erősebben kívánják bevonni a bírói döntési folyamatokba a közgazdaságtani, szociológiai, politológiai és társadalomfilozófiai érveket illetve nyelvezetet. Ennek menetében a szavak hétköznapi értelme helyett ezek kerülnek előtérbe. (Különösen az Egyesült Államokban jeleztek ilyen tendenciákat, lásd Summers:1991:413.)

Végül mind a két első - nyelvtani értelmezésként összefogható - értelmezési alaponál felmerül, hogy  *mennyiben elégséges a bíró számára az így nyert értelem, és mikor léphet túl más értelmezési alapok felé?* Hogy a nyelvtani értelmezés két jelzett alapja kiindulópont a jogalkalmazói döntés kialakításában, az rendszerint nem vitatott egyetlen jogrendszerben sem. Abban azonban már nagy eltérések vannak az egyes országok között, hogy mikor kell ennél az értelmezésnél megállni, és rögtön meghozni az ítéletet. A legtisztábban a franciáknál alakult ki, hogy a bíró vagy más jogalkalmazó köteles megállni a szószerinti értelmezésnél, ha az tisztán megadja az eset eldöntése számára a szabályt. Ugyanez van a lengyeleknél ebben az esetben, és a bíró megállapítva, hogy a vonatkozó jogi rendelkezések tisztán megadják az ítélethez a támpontokat - "lex clara est", tiszta törvényi értelem áll rendelkezésre - meghozza az ítéletet (Wróblewski 1991:269). Hasonló "formalista" a finn jogértelmezési gyakorlat is. Mint egy finn szerző jelzi, itt a XIX. század folyamán fennálló cári fennhatósággal szemben ragaszkodtak a saját törvényeikhez, és ezért vált egy évszázad alatt mindent elsőpróvé a törvények szószerinti értelmezése (Aarnio 1991:155). Egy sor más jogrendszerben azonban a nyelvtani-szószerinti értelmezés csak előfokot jelent a végső jogi értelem megtalálása felé vezető úton, és további jogértelmezési alapokon át halad a döntési folyamat útja.

### 2.1.3. Kontextuális értelmezés

Ez az értelmezési alap az egyes szavak, kifejezések és az ezekből összeálló mondatok értelmét átfogóbb összefüggésekbe helyezve ellenőrzi le. Ez a kontextusba ágyazás körkörösén bővülően maga is többértű lehet. A törvény, a jogszabály egyes belső részének egészében, magában az egész jogszabályban és végül az egyes jogágakon belüli, egymást kiegészítő jogszabályok, törvények összefüggéseibe beágyazva is értelmezhető az egyes szavak, kifejezések és mondatok értelme. Az utóbbi átfogó beágyazási szint azonban egyre inkább átvisz a jogdogmatikai-doktrínális értelmezéshez, hisz több jogszabály együttes értelmét már csak jogdogmatikailag rendszerezett kategóriák fényében lehet kiszámíthatóan lefektetni. Ez az értelmezés már oldja az értelmezés merevségét a szószerinti értelemhez ragaszkodással szemben. Igaz, ha egy jogi kultúrában a nyelvtani-szószerinti értelmezés a döntő, akkor a jogalkotónak vigyáznia kell minden mondata megfogalmazásakor, minden szó és kifejezés megválasztásakor. Ezzel szemben, ha a kontextuális értelmezés rendszerint követi a szószerintit, akkor a jogalkotó lazábban is fogalmazhat. Ez persze növeli a bíró értelmezési szabadságát, és más irányokba viheti el a joggyakorlatot, mint amit a jogalkotó az egyes szabályok megalkotásakor szándékozott.

Svédországban a nyelvtani értelmezést eleve úgy értik, hogy az mindig a kontextusba ágyazott nyelvi értelmet jelenti (Peczenik/Bergholz 1991:325), míg a franciáknál inkább a szűkebb nyelvtani értelmezésen van a súlypont a fellazító kontextuálissal szemben. A legtöbb kontinentális európai országban - kivétel itt Franciaország és részben Finnország - a kontextuális értelmezés főszabályként kíséri a nyelvtani értelmezést, és ha ez alapján módosítani kell a tiszta nyelvtani értelmet, akkor ezt megteszik a bírúk.

### 2.1.4. Joglogikai értelmezés

Már a római jog érett szakaszaitól kezdve ismertek voltak olyan jogi maximák, amelyek vezetni tudták a jog eseti alkalmazását az ütköző értelmű jogi rendelkezések közötti eligazodásban, illetve ezentúl is támpontot tudtak nyújtani egy-egy szabály értelmének feltárásához. A leggyakrabban használt joglogikai formulák a következők: *argumentum a contrario* (az ellenkezőből következtetés érve); *argumentum a minore ad maius* illetve *argumentum a maiore ad minus* (a kevesebből a többre következtetés illetve a többről a kevesebbre következtetés érve); *argumentum ad absurdum* (az abszurditás érve); *lex specialis derogat legi generali* (a speciális szabály megelőzi az általános szabályt).

Az *argumentum a contrario*, az "ellenkezőből következtetés érve" (vagyis tartalmilag kifejezve ezt a maximát, ami 'igaz előre, annak az ellenkezője igaz hátra') a leggyakrabban használt joglogikai értelmezési alap a legtöbb jogrendszerben. Hogy példával érzékeltesük ennek az érvenek a működését álljon itt az a rendelkezés, hogy "A tizennyolc év alatti életkorral rendelkezők kiskorúnak számítanak." Ez a rendelkezés akkor is kényszerűen rendeli, hogy tehát a tizennyolc év felettiak nagykorúak, ha ez nem áll így szó szerint a jogszabályban. De az a *contrario* érv segít bonyolultabb kérdésben is. Például, ha az áll az alkotmányban a népszavazási akadályok felsorolásánál - ti., hogy mit nem lehet népszavazás útján eldönteni -, hogy az alkotmány egy meghatározott szakaszát nem lehet módosítani, akkor ebből kényszerűen következik, hogy tehát az alkotmány többi része nem kizárt az ilyen úton való módosításból.

Problémát jelent azonban az a *contrario* érv alkalmazásánál egy éppen szembenálló érv, az *argumentum a simili*, a "hasonlatosság érve". Ez ugyanis azt mondja ki, hogy ha egy tényállásra egy jogi rendelkezés van, akkor egy másik hasonló eset felmerülésekor ezzel az érveléssel be lehet vonni ezt is a jogi rendelkezéssel eldönthető esetek közé. Ezzel szemben az a *contrario* érv alapján úgy érvelünk, hogy éppen mivel nem vette be a jogi rendelkezés alkotója az esetet, e rendelkezés ellenkezője áll rá, vagyis nem vonható be ez alá, és nem dönthető el ezzel a jogi rendelkezéssel. Sok esetben valóban problémát jelenthet, hogy a két szembenálló értelmezési út közül melyik alkalmazandó, és ekkor például az átfogóbb jogdogmatikai értelmezés, a jogelvi, az alkotmányos alapjogok és alapelvek fényében való értelmezés, vagy a jogalkotó akaratának kutatása segíthet a közöttük való választásban. Mindamellet két körülmény közvetlenül is támpontot adhat a két ellenkező út között való döntésben. Egyrészt, ha taxációval megadott felsorolás keretén belül van egy rendelkezés, akkor inkább az a *contrario*-ra lehet következtetni, és nem lehet bevonni mást alá a hasonlóság érve alapján. Másrészt, ha egy másik eset lehetősége már az adott jogi rendelkezés alkotásakor fennállt, és nem utólagos társadalmi-technikai változással keletkezett, akkor is inkább a bevonás, a hasonlóság érvével szemben kell dönteni. Ezzel szemben a később keletkezett esetekre inkább áll a bevonás lehetősége ezzel az érveléssel.

Az *argumentum a minore ad maius* (a kevesebből a többre) és az *a maiore ad minus* (a többről a kevesebbre) mint értelmezési ikerpáros a tilalom és az engedélyezés jogi rendelkezéseit tudja értelmezni biztos iránymutatással - túlmenve a szöveg nyelvtani értelmén. (A két értelmezés az *argumentum a fortiori*-érv két alesetét jelenti, melyet tartalmilag "az csak igazán!" tartalommal fordíthatunk.) *Tilalom esetén a kevesebből a többre következtetés tud eligazítani* szélesebben, mint azt a tilalom eredeti szövege szó szerint mutatja. Pl. ha egy alkotmánybírói döntés azt mondja ki, hogy nem lehet végrehajtani burkolt alkotmánymódosítást népszavazás útján, akkor még inkább tilos lesz nyíltan alkotmánymódosítást végrehajtani ezen az úton, hisz ha a kevesebb tilos, akkor a több még inkább az. Míg e formula nélkül a nyelvtani értelmezésnél megálló érvelhet úgy egy nyíltan alkotmánymódosítást kezdeményező népszavazás esetében,



hogy itt nincs "burkolt" alkotmánymódosításról szó, tehát az idézett alkotmánybíróági döntés nem akadályozhatja ezt. *Engedélyező jogszabályi rendelkezésnél ezzel szemben a többről kevesebbre következtetés tud túlmenni biztos iránymutatással az eredeti szöveg felhatalmazásán.* Ugyanis, ha a többet jelentő dolog is engedélyezett, akkor a kevesebbet megvalósító nyilván még inkább engedélyezett kell, hogy legyen. Pl. ha egy egyesületi törvény megengedi a tagok közgyűlésének, hogy egy meghatározott többségi szavazással új alapszabályt fogadjanak el, akkor ha nem is szól külön arról, ugyanaz a többség nyilván módosíthatja is azt. Fordítva azonban nem működnek a fenti joglogikai maximák! Ha többet tilt egy jogi rendelkezés az még lehetséges, hogy kevesebb ellenben engedélyezett lesz. Ugyanígy, ha kevesebbet megenged egy rendelkezés, az még korántsem biztos, hogy többet azonban nem tiltana meg a jogalkotó.

Az *argumentum ad absurdum*, az abszurditás érve egy-egy értelmezési lehetőség elutasításához ad segítséget. Sokszor ugyanis nem tűnik problémásnak egy értelmezési eredmény, ám logikailag végigfuttatva azt, hogy ha így járunk el most, akkor ennek zsinórmértékszerű alkalmazásával más esetekben tarthatatlan eredményekre jutunk, s így az adott értelmezési eredmény elvetéséhez vezethet bennünket. Például ez az érv merült fel a németeknél az 1950-es években, amikor az ottani Szövetségi Munkaügyi Bíróság az alkotmányos alapjogok közvetlen kihatását magánszemélyek közötti jogvitákban is kimondta, és ez alapján az egyszerű törvényi anyag félretolásának lehetőségét deklarálta. Jogtudósok azonban végig vitték kritikáikban, hogy ha ez általánossá válna a jövőben és az összes alapjog alkalmazására ez a lehetőség állni fog, akkor az összes törvénykönyv relativvá és félretolhatóvá válik majd, és ez rövid idő alatt jogi káoszt hozhat létre. Az érvelés hatására a német alkotmánybíróóság már nem követte az elhamarkodott döntést, és elállt az alapjogok magánszemélyek közötti jogvitáiban való közvetlen alkalmazhatóságának kimondásától (Alexy 1985).

A *lex specialis derogat legi generalis*, "a speciális szabály lerontja az általánosat" érv gyakran irányt adhat az ugyanarra az esetre vonatkozó eltérő rendelkezések értelmezésében. Példát hozva erre: az adatvédelmi biztos eljárását illetően van egy rendelkezés, amely úgy engedi meg számára a nyilvánossághoz fordulást egy hibás adatkezelést megvalósítóval szemben és nevének, illetve az általa megvalósított adatkezelési problémának a nyilvánosságra hozatalát, ha az 30 nap eltelte után sem teljesíti az adatvédelmi biztos kérését az adatkezelési probléma megszüntetésére. Ez a szabály akkor sem engedi, hogy 30 nap előtt a nyilvánossághoz forduljon az adatvédelmi biztos, ha máskülönben lenne egy olyan általános szabály egy rá vonatkozó törvényben, amely általában lehetővé tenné működése nyilvánosságát. Az erre vonatkozó érvelés sértené a *lex specialis derogat legi generalis* elvét.

A *lex specialis* érv irányt mutathat akkor is, ha egy korábbi és egy későbbi jogszabály ütközéséről van szó. Alapvetően ugyanaz a jogi maxima itt, hogy a későbbi lerontja a korábbi jogszabályt ("lex posterior derogat legi priori"), de ha a későbbi az általános a korábbi speciálisabb szabályhoz képest, akkor ez az elv lesz a döntő, és mégiscsak a korábbi lesz irányadó. Természetesen ez csak az ugyanolyan szintű jogszabályok ütközésénél merül fel, hisz a "magasabb lerontja az alacsonyabb jogszabályt" ("lex superior derogat legi inferiori") a legfelső elv mindhárom között. Vagyis a korábbi magasabb szintű jogszabályt nem ronthatja le egy későbbi alacsonyabb szintű, és ugyanígy hiába általánosabb egy magasabb szintű és speciálisabb egy alacsonyabb szintű jogszabály, akkor is a felsőbb szintűnek van elsőbbsége. Az persze már jogrendszerenként változó, hogy mit tehet ilyenkor a bíró. Például felfüggeszti az ügy elbírálását, amikor egy alacsonyabb szintű, speciálisan az ügyre szabott jogi rendelkezést kellene alkalmazni, és az ezzel szembenálló magasabb rendű általánosabb jogszabályra hivatkozva kéri az alkotmánybírásgtól, közigazgatási

bíróságtól vagy más erre rendelt bíróságtól az alacsonyabb szintű rendelkezés megsemmisítését.

Ám lehet olyan jogrendszer, amikor a jogalkotó a bíróra bízta a fenti dilemmában a döntést. Ez a megoldás létezik a franciáknál. Itt ugyanis az a jogalkotási gyakorlat alakult ki, hogy - szemben például a magyar gyakorlattal - egy új törvény megalkotásakor nem sorolják fel ennek zárórendelkezései között, hogy mely korábbi jogszabályok, illetve ezek mely rendelkezéseinek hatálya szűnik meg, hanem egy általános formulával csak deklarálják az éppen kihirdetett törvénnyel szembenálló korábbi jogszabályok hatályának megszűnését: "Minden korábbi jogszabály hatályon kívül helyezettnek tekintendő, amely e törvény rendelkezéseivel szemben áll" (idézi Troper/Grzegorzcyk/Gardies 1991:175). E formula miatt különösen fontossá válik a speciális és általános szabályozási szintkülönbség, mivel attól függően az előbbi vagy a későbbi jogszabályt kell a bírónak alkalmazni az ügy eldöntésében, hogy miként tekinti a két ütköző szabályt. Ha a későbbi általánosabb jellegű a korábbi speciális szabályhoz képest, akkor meg kell maradni a korábbinál, mert ezt csak egy későbbi ellentétes értelmű speciális szabályozás léte esetén deklarálhatja a bíró hatályon kívül helyezettnek. Vagyis a három "lerontó formula" között a prioritás úgy néz ki, hogy mindent megelőz a magasabb jogszabály lerontó ereje, ezt követi - azonos jogforrási szinten - a speciális lerontó ereje, és csak a sor végén van a későbbi lerontó hatása.

### 2.1.5. A precedensek fényében értelmezés

Hivatalosan kimondva a precedensek - a korábbi azonos vagy felsőbb szintű bírói döntések - követésének kötelezettsége ugyan egyetlen kontinentális jogrendszerben sem létezik, ahogy ez az angolszász jogrendszerekben ismeretes, de az elmúlt évtizedekben egy sor európai országban több-kevesebb fokban kialakult ennek gyakorlata. Úgy tűnik, hogy a franciáknál maradt a legritkább a precedensek nyílt megidézése a bírói ítéletekben, de a többi európai országban a burkolt precedenskövetés helyett egyre inkább nyílttá vált ez a gyakorlat. Olaszországban, ahol a XIX. században döntően a francia mintát másolva erős szövegpozitivisták ítélezési stílus uralkodott, a XX. század elejétől ez a német típusú szabadabb jogértelmezés felé tolódott el, és mára rendszeressé vált a felső szintű bíróságok precedenseinek követése.

Itt kell felmutatni egy különbséget a precedensek létrehozása terén. Az olaszok ugyanis létrehoztak a Corte di Cassazione (az ottani legfelső bírói fórum) szervezetén belül egy külön főosztályt, amely a bíróság ítéelő tanácsainak ítéletét utólag kivonatolja, és az eset elhanyagolható részleteitől megtisztítva kiemeli belőle a "massime"-t, az irányadó precedenst - a tényállás lényegi elemeit és a rávonatkozó jogi álláspontot - és ezt külön publikálják (La Torre/Pattaro/Taruffo 1991:235). Hasonló jelenség figyelhető meg 1980-tól Finnországban is, ahol ettől az időtől kezdve radikálisan csökkent a Legfelsőbb Bíróság fellebbezési fórum jellege, és inkább az elvi döntések felé csúszott el a súlypont. Itt az LB döntései előtt elhelyezve egy külön részben összegzik a "ratio decidendi"-t, a döntés lényegi kivonatát (Aarnio 1991:154). Ez a precedens-technika eltávolítja az esettől a követendő precedenst, és formailag is közeledik az általános normákat tartalmazó igazi jogforrásokhoz. Ezzel szemben áll az eset konkrétságához teljesen tapadó angol típusú precedens.

A precedensek fényében már értelmezett törvények meghatározott irányokban beszűkítettnek foghatók fel, a bíró számára elesik más, nyelvtanilag még lehetséges értelem adása, és döntésének erre alapozása. Empirikus felmérések mutatták, hogy a német felsőbbbírósági döntések mintegy felében történik hivatkozás korábbi bírói döntésekre. Lengyelországban szintén nagyon erős a precedenskövetés gyakorlata.

Svédországban pedig ennek kvázi-kötelező jellegét az is mutatja, hogy ha a Legfelsőbb Bíróság el akar térni korábbi precedensétől, akkor plenáris ülést kell kezdeményeznie az ezt szándékozó ítélkezési tanácsnak, és csak az ezen az úton meghozott ítélet térhet el (Peczenik/Bergholz 1991:324).

### 2.1.6. Az analógia útján való értelmezés

Analógia útján való döntés akkor merül fel, ha egy esetre a relevánsnak tűnő jogi rendelkezés értelmezése után nyilvánvalóvá válik, hogy e rendelkezés nem terjed ki az adott esetre - azaz joghézag állapítható meg itt -, ám az esetet mégis eldöntik vagy egy hozzá közel eső esetekre szabott jogi rendelkezés alapján (törvényanalógia) vagy az adott jogág, a jog általános elveiből létrehozott jogi álláspont alapján (jogi analógia). A gyakorlatban sokszor felmerül a különbségtevés problémája a kiterjesztő értelmezés és az analógia között. Ugyanis, ha a jogszövegre támaszkodva nyelvtani vagy joglogikai értelmezéssel kiterjesztően megadható egy esetre a jogi rendelkezés döntési alapként, akkor az nem analógia, és az eset sem tekinthető joghézagnak. Ez a különbségtevés azért fontos, mert az analógia útján való jogalkalmazói döntéssel szemben néhány határozott tilalom található a legtöbb jogrendszerben. Tilos analógia útján dönteni a büntetőjogban, az adójog terén, illetve kivételt megállapító jogi rendelkezést sem szabad átvinni más kivétel megállapítására. Ezért megfigyelhető, hogy sokszor a bírák kiterjesztő értelmezésnek álcázzák analógiát jelentő értelmezésüket (MacCormick/Summers 1991:535). Igaz kivétel esetén még a kiterjesztő értelmezés is tilos, és a római jogból származó maxima érvényes a legtöbb jogrendszerben ma is: "Kivételt jelentő szabály szűken értelmezendő." Franciaországban ez a jelenség különösen gyakran megfigyelhető, mivel itt általános jelleggel él az analógia tilalma, és a jog hézagmentessége máig élő doktrínának számít.

Olaszországban az a bevett gyakorlat, hogy ha lehet, akkor először törvényanalógiával kell megkísérelni a joghézagot jelentő eset eldöntését, és az írott törvényektől ennél nagyobb elszakadást jelentő jogi analógia csak korlátozottan alkalmazható. A németeknél különbséget tesznek az eredeti joghézag és az utólag keletkezett joghézag között, és az eredeti joghézag esetén szigorúbb vizsgálatot követelnek, hogy nem szándékosan nem került-e bevonásra az adott eset a közel eső jogi rendelkezés alá, míg az utólag keletkezett joghézagnál a törvényanalógia alapján való döntés igazolhatóbb.

### 2.1.7. Jogi doktrinális-jogdogmatikai értelmezés

Először is látni kell, hogy szűkebb értelemben jogdogmatikai értelmezés már a nyelvtani-szószerinti értelmezés speciális-technikai fajtájánál is felmerül, amennyiben a speciális értelmet - a hétköznapi értelemről eltérően vagy kifejezetten jogi szakszót alkotva - a jogász szakma adta a kérdéses szónál. Van ugyan olyan technikai pontosítás egy-egy szó hétköznapi értelménél, amely nem ágyazza be a pontosított szót átfogóbb jogdogmatikai összefüggésekbe (pl. amikor a jogszabály definiálja, hogy szobának tekintendő az a 12 négyzetmétert meghaladó alapterülettel rendelkező helyiség, amely ablakkal rendelkezik), de sok esetben a jogi terminus technicus átfogóbb jogdogmatikai intézmény részeként kerül meghatározásra. *A most tárgyalandó jogértelmezési alaponál erről van szó, és ezzel megy túl a speciális jogi-technikai értelmezésen.*

Ez az értelmezés már erősebben elszakad a jogszöveg rendelkezéseitől, hisz az

átfogóbb jogdogmatikai összefüggések elemeit, ezek kombinációit és ezek újrakombinálási lehetőségeit átfogó jogtudományi munkák tartalmazzák. Mivel egy-egy jogdogmatikai összefüggésre több, egymástól többé-kevésbé eltérő jogdogmatikai modell van kidolgozva egy-egy ország jogtudományi irodalmában, vagy különösen a nemzetközi szintű irodalomban, ezért a tetszőlegesség mozzanatát viheti be a jogszabályok értelmezésébe - és ezzel a bírói önkénynek teremthet alapot -, ha valamilyen kötöttség nem létezik a doktrinális-jogdogmatikai értelmezésnél a jogszabály szövegéhez vagy ennek hiányában legalább az adott ország jogászai közvéleményén belüli átfogó konszenzushoz az adott doktrínát illetően.

Ha különböző országokat veszünk szemügyre, akkor Franciaországgal kell kezdeni, mint a sornak azzal a végével, ahol a kontinentális országok közül a legkisebb szerepre szorították vissza a doktrinális értelmezést. Csak példaként megemlítve, Olaszország és Lengyelország mint átmenet értékelhetők az erősebb doktrinális értelmezési szabadságot megengedő országok felé, ahol a végső pontot Németország jelenti, még ha ez ma már nem is éri el azt a fokot, amit a múlt század második felében a "fogalomjogászat", a Begriffsjurisprudenz megvalósított. A skandináv országokban bizonyos fokig korlátozottabb szerephez jut ez az értelmezési alap. Kitekintésképpen kell jelezni, hogy az angol jogrendszerben ma is minimális a doktrinális értelmezéssel elszakadás lehetősége az írott törvény szövegétől.

A doktrinális elemzés alapja tehát súlypontját illetően túl van az értelmezett jogszabály szövegén, még ha alapvető követelmény is, hogy valamilyen szövegszerű rögzítés azért kimutatható legyen ennél. Ezért felmerül, hogy az ítélet indokolásában miként jelenik meg ez a jogi szövegen túli értelmezési alap. A német felsőbírósági ítéletekben bevett gyakorlatnak számít a releváns jogtudományi művek és szerzőik névszerinti idézése (Kötz 1973; 1988). Ugyanígy Lengyelországban és Olaszországban sűrűn hivatkoznak alátámasztásképpen jogtudományi művekre, még ha az utóbbiban maguknak a szerzőknek a névszerinti idézése nem szokásos (Lásd Wróblewski 1991:384; La Torre/Pattaro/Taruffo 1991:235). Franciaországban kizárt bármiféle akadémiai véleményre hivatkozás, az angoloknál pedig egy dictum úgy szól, hogy élő szerzőre nem illik hivatkozni tárgyalóteremben.

Jelezni kell még, hogy nemcsak országok között vannak nagy eltérések a doktrinális-jogdogmatikai értelmezés szabadságfokát illetően, hanem az egyes országokon belül jogáganként is. Például a kidolgozottabb dogmatikával rendelkező büntetőjogban és a polgári jogban, illetve eljárásjogaikban sokkal nagyobb a jogászság egyetértése egy-egy jogdogmatikai modellt illetően, amely így lecsapódik a jogalkotás folyamán az itt releváns törvényi szövegekben is. Így itt szövegszerű támpont nélkül egyszerűen elképzelhetetlen lenne alternatív doktrinális értelmezést elfogadni a jogalkalmazó számára. Ezzel szemben például az alkotmányjogban - az erősebb politikai érintettség miatt is - jobban megfigyelhető, hogy egy-egy hatalmi eltolódás után az alkotmányjogi szövegektől való lényegesebb elszakadás is végbemegy doktrínákra hivatkozva anélkül, hogy nagyobb felzúdulást váltana ki. Erre példa lehet az a magyar alkotmányjogi fejlemény 1991-ből, amikor a hatalmi ágak megosztásának elve szerint kezdték el értelmezni az alkotmánybírák a hazai államszervezetet, noha a magyar alkotmányban egyetlen szó sem említi a hatalommegosztás elvét, mint ahogy a nyugat-európai parlamentáris alkotmányjogi berendezkedés alkotmányai sem. Az ezt alátámasztó politikai erőviszonyok ezután hónapok alatt minden vita és ellenállás nélkül bevették tették a közvéleményben a hatalmi ágak megosztására épülő hazai alkotmányjogi berendezkedés tézisének.

### 2.1.8. A jogelvek fényében történő értelmezés

Ez az értelmezés döntően a doktrinális értelmezés egy sajátos fajtájának tekinthető, hisz a jogági jogelvek egy-egy jogág dogmatikai modelljeinek elvekké formált alakját jelentik, illetve a versengő dogmatikai modellek közös, nem vitatott részeként tartalmazzák a jogág rendszerszerű összefüggéseit. Néhány jogelv azonban több jogág fölött átfogó jogelvként megfogalmazva is létezhet, noha ezek már inkább jogi-igazságossági elveknek tekinthetők, és átmenetet képeznek a jog mögötti etikai értékek fényében értelmezéshez. De ugyanígy átvezetnek ezek az alkotmányos alapjogok/alapelvek fényében való értelmezéshez is, mivel sokszor az ilyen összjogrendszerben érvényesnek tekintett jogelveket belefoglalják az alkotmány szövegébe is. Például a németeknél van ez utóbbi irányba eltolódás, és különösen az ottani alkotmánybíróság "alapjog-kiolvasztó" döntései vitték még inkább fel a német jogelvi értelmezést az alkotmánybírósági szintre (lásd Dreier 1988).

A jogági jogelvek mindenesetre szövegszerűen rögzítésre kerülnek az egyes törvényekben, és ez teszi lehetővé a rájuk támaszkodó értelmezést, és a nyelvtaniszószerinti értelmezés rajtuk keresztül történő korrekcióját. Másrészt azonban részletes kifejtésük jogdogmatikai tanulmányokban található, és a jogszabály szövegén túl ezekre hivatkozással történhet meg az ilyenfajta értelmezés. A jogági jogelvek fényében való értelmezés még a mereven szöveghez tapadó francia joggyakorlatban is megengedett, igaz itt a szövegben levő támpontok ehhez még inkább elengedhetetlenek (Troper/Grzegorzcyk/Gardies 1991:187).

Hogy persze sokszor feloldhatatlan lehet jogelvekre hivatkozva a jogértelmezés, arra szokták hozni a tanulmányok azt a példát, hogy mit tegyen a bíró a büntetőper mellett az özvegyi nyugdíjra vonatkozó igény elbírálására irányuló eljárásban egy olyan özvegy esetében, akinek egyetlen életfenntartási forrása az özvegyi nyugdíja lenne, ám épp ennek megszerzéséért ölte meg férjét? A "senki nem húzhat hasznát saját jogellenes cselekedetéből" jogelv kibékíthetetlenül ütközik az özvegy szociális biztonságához való jogával. Az élet számtalan esetet produkálhat, amikor máskülönből támadhatatlan jogelvek egymással ütközve megoldhatatlanná tehetik a szövegtől elrugaszzkodó jogelvi értelmezést.

### **2.1.9. Az alkotmányos alapjogok/alapelvek fényében való értelmezés**

Ennek az értelmezésnek a szabadsága a kontinensünk nyugati felén legnagyobb Németországban, ezt követi az olasz és a spanyol értelmezési gyakorlat, és legkisebb Ausztriában, ahol csak kifejezett alkotmányszövegbe ütköző törvényeknél állapítják meg az alkotmányellenességet. A skandináv országokban és a kisebb nyugat-európai országokban (Belgium, Hollandia, Dánia) nincs alkotmánybíráskodás, és noha a svéd bírói gyakorlatban az a maxima alakult ki, hogy ha egy jogszabály nyilvánvalóan beleütközik az alkotmány egy rendelkezésébe, akkor a bíró annak alkalmazását megtagadhatja, ám ez ténylegesen a legritkább esetben fordul el (Peczenik/Bergholz 1991:336).

A németeknél az egyes törvényhelyek megsemmisítéséhez vezethet azok alkotmányellenessége, de ennek kimondása nélkül is létezik az alkotmánykonform értelmezés kötelessége a bírák számára. Ennek tartalma három irányban mond ki kötelezettséget: 1. ha az alkotmánybíróság egy törvényhely értelmezésének meghatározott lehetőségét alkotmányellenesnek nyilvánította, akkor ezután kizárt a bírák számára, hogy ezt az értelmezést adják ennek a törvényhelynek; 2. Addig nem semmisít meg egy adott törvényhelyet az alkotmánybíróság, amíg adható e szabálynak - nyelvtani értelme megsértése nélkül - olyan értelem, amely összeegyeztethető az alkotmánnyal; 3. Végül harmadik irányban jelent útmutatás annak kimondása, hogy az alkotmányra hivatkozva nem adható olyan értelem egy

törvényhelynek, amely szemben áll annak tisztán kivehető nyelvtani értelmével. Vagyis alkotmánykonform értelmezés a nyelvtani értelmezési horizontot nem sértheti meg, amennyiben máskülönben nyelvtanilag egyértelmű a jogszabályi rendelkezés. Ilyen hiányában - többértelmű szavak, értékelési szempontból nyitott szavak esetén - azonban az alkotmánykonform értelmezés szabadabbá válik (Alexy 1985).

#### **2.1.10. A jog mögötti etikai értékek fényében való értelmezés**

A jogelvek, az alkotmányos alapjogok/alapelvek fényében értelmezés fokozatosan feloldja a precíz szabálypontosságú jogértelmezést, és priméribben az igazságossági értékmegfontolások felé viszi el a joggyakorlatot. Ennek további fokozása, ha lehetséges egy jogrendszerben a jogi szövegeket oly módon is értelmezni, hogy etikai értékekre vagy más, a társadalom értékhierarchiájában kiemelkedő helyen álló értékekre tekintettel határozzák meg az adott ügyben az ítéletet. Az európai országokban ez nem szokásos, igaz itt néhány helyen az alkotmányos alapjogok/alapelvek oly tágan vannak megfogalmazva, hogy ezekre hivatkozva lényegében pusztán igazságossági megfontolások jelentik az értelmezés alapját.

Az Egyesült Államokban figyelhető meg, hogy itt nem az alkotmányjogi alapjogokat tágitják ki ilyen irányba - azok ott lényegében a hagyományos politikai szabadságjogokat jelentik - hanem közvetlenül is hivatkoznak néha az amerikai társadalom értékelésére (lásd Summers 1991:432). Erre jelent ismert példát az un. Holy Trinity-ügy ítélete. Egy törvény ugyanis megtiltotta egy időszakban, hogy az Egyesült Államokban bárki is nem ottani állampolgárral kössön munkaszerződést büntetőper kilátásba helyezése mellett, ám egy kis egyház külföldi állampolgárságú papot alkalmazott, ami egyértelmű megsértése volt az említett törvénynek. A Legfelsőbb Bíróság ennek ellenére végül úgy döntött, hogy az egyházak szerepe olyan magasra értékelt az amerikai társadalom értékrendjében, amely lehetővé teszi azt, hogy a bíróság a törvény szó szerinti rendelkezésével szemben döntsön (Summers 1991:422). Természetesen az ilyen törvénnyel szembeni döntés (contra legem döntés) az Egyesült Államokban is ritka, ám a törvények értelmezésében az ilyen értékekre hivatkozó érvelés és a szöveg értelmének erre való hivatkozással megvalósított korrekciója elterjedtebb, mint az Európában lehetséges lenne.

#### **2.1.11. A jogszabály céljai szerinti értelmezés**

Az egyes országokban eltérő fokban, de a legtöbb helyen létezik olyan értelmezés, amely a jogszöveg nyelvtani értelmét - különösen, ha problémás (többértelmű, homályos, nyitott értékelést tartalmazó) a jogi rendelkezés - az adott jogszabály céljai, átfogó rendeltetése fényében igyekszik feltárni. Eltérően a következő pontban tárgyalandó törvényhozói akaratra visszanyúló értelmezéstől, itt a törvény objektív céljáról, rendeltetéséről van szó, és valamilyen szövegszerű rögzítést a jogi rendelkezésben megkövetelnek ahhoz, hogy erre lehessen alapozni az értelmezést. (Ez persze lehet a törvény elé illesztett preambulum is.) Németországban ezt a értelmezést - szembeállítva a törvényhozó szubjektív akaratával - egy ideális és racionális jogalkotó feltevésével alapozzák meg, akit a jogszabály keletkezésekor létező társadalmi körülmények közé helyezve, az akkor felmerülő társadalmi problémák megoldójaként fognak fel, és ezt tekintik a jogszabály objektív céljának (Alexy/Dreier 1991:143). Az Egyesült Államokban ez a "purposive" értelmezés különösen az 1920-as években hatásos "társadalom mérnöke-jogászat" koncepciója következményeként terjedt el, és az összes ország közül itt a legerősebb ennek az értelmezésnek az

igénybe vétele.

Bizonyos fókig a kontextuális értelmezés alternatívájának fogható fel ez az értelmezés, ám míg ott inkább logikailag illesztik be átfogóbb szövegösszefüggésbe az egyes szavak értelmét és így korrigálják azt, addig itt a kontextust egy cél, a rendeltetés megadásával helyettesítik. Vagyis míg a kontextuális értelmezés a nyelvtanít erősebben a logikai-rendszeri irányba viszi el, addig a "purposive" értelmezés az objektív cél szerint értelmezve inkább az értékek szintje felé tolja el azt, és nagyobb szabadságot ad a bírónak.

Ennek az értelmezésnek egyik alfaja a *következményen orientálódó jogértelmezés*, amely különösen a német jogirodalomban került megvitatásra és az itteni joggyakorlatot befolyásolta. Ennek lényege, hogy a bíró a nyelvtani és az ezt továbbvivő más értelmezések eredményeként létrejövő döntése hatásait beilleszti a perbeli felek, vagy büntetőperben a vádlott körülményei közé, és azt vizsgálja, hogy milyen változást hoz létre majd ítélete. E változás többszemponútú értékelése mellett egyik lehet az alkalmazott jogszabály céljával való összevetés. Amennyiben a várható következmények alaposabban eltérnek a jogszabály céljai által megkívánt hatásoktól, a bírónak más döntési alternatíva felé kell fordulnia, amelyik jobban megfelel ennek. Ezzel szemben, ha e következmények egybeesnek a jogszabály céljaival, akkor ez a következményeken orientálódás megerősíti a nyelvtani értelmezést.

#### 2.1.12. A jogalkotó akarata/szándéka szerinti értelmezés

Ezt az értelmezést - tévesen - le szokták szűkíteni a "jogalkotó céljaira", amit a törvénnyel el kívánt érni, és ebben az értelemben az előbbi objektív törvénycél szubjektív/akarati ellenpárjaként fogják fel. Mivel ez is egyik lehetséges része az itt tárgyalt értelmezési fajtának, ezért azokban az országokban, ahol a törvény objektív céljával szemben ezt a szubjektív jogalkotási akaratot tekintik mérvadónak, ott a törvény céljai utáni kutatást nemcsak a törvény szövegében keresik, hanem különböző törvényelőkészítési anyagokban, és ennek fényében igyekeznek feltárni a törvényhozók tényleges akaratát (MacCormick/Summers 1991:522). Ám a jogalkotó akarata/szándéka szerinti értelmezés szélesebb, és tulajdonképpen az összes fenti értelmezési fajtára kiterjedhet. Hogyan értette, hogyan szándékozott érteni a jogalkotó az általa használt szavakat - hétköznapi értelemben, technikai értelemben -, milyen fokban kontextuálisan beágyazva választotta meg ezeket a szavakat? Eleve számba vette-e a joglogikai formulákat, és ezért ezt elfogadva eleve nem fogalmazta meg szövegesen az ezekből kényszerűen következőket, vagy inkább fel sem merültek előtte ezek a formulák? Az adott jogág, a jog elveit szem előtt tartotta-e, amikor a jogi szöveget kialakította, és ezek fényében értette-e az egyes jogi rendelkezéseket etc? Attól függően tehát, hogy az adott jogrendszerben nagy súlyt adnak-e a jogalkotó akaratának/szándékának, az összes értelmezési fajtánál vizsgálhatják ezt. Vagy amennyiben nem tulajdonítanak ennek nagy jelentőséget, háttérbe szorul mindegyiknél a jogalkotó akaratának kutatása.

Az egyes országokat különböző fokban lehet ide vagy oda sorolni, és a két végső pólust egyrészt Svédország adja, ahol a legerősebb ennek az értelmezésnek a használata, a másik pólust pedig Anglia jelenti, ahol kifejezetten tilos a bírák számára a törvényalkotó akaratának kutatása a jogon túli szövegek alapján. Az angolok úgy veszik, hogy a jogi szöveg szavai, kifejezései a jogalkotó akaratának legautentikusabb mutatói.

Ahol nagy súlyt helyeznek a jogi szöveg értelmezésénél a jogalkotó akaratára, ott a jogszabályon túl az *előkészítési anyagokat is bevonják az értelmezés folyamatába*.

Svédországban ebből ered az a kialakult gyakorlat, hogy egy törvény elfogadása után nemcsak a törvény szövege jelenik meg a hivatalos lapban, hanem a törvény létrehozásakor egy sor előkészítési anyagot is publikálnak arra rendszeresített közlönyökben. Így a törvénykezdeményezés ott még csak egy irányelv elkészítésével indul, melynek publikálása után egy törvényelőkészítő bizottságot hoznak létre, és ennek részletesebb törvénykonceptióját is közzéteszik, majd a kormány végső törvényjavaslatát is megjelentetik, a parlamenti bizottságok vitáit és megállapításait összegző jelentéshez hasonlóan. Mindezeket a törvény elfogadása után együtt is kiadják a törvény szövegével, és így maga a törvény csak mint bevezető szöveg egy nagyobb anyaghoz kerül alkalmazásra (lásd Peczenik/Bergholz 1991:324; Eörsi 1974). Ebből persze az is következik, hogy a törvény szövege így nem túlzottan részletező, és eleve abból indulnak ki, hogy azt együtt használják a publikált háttéranyagokkal, és annak fényében értelmezik.

A többi országban ilyen nagy súlyt nem adnak a törvényhozó akaratának a törvény értelmezésénél - még a skandináv országokban sem -, de kisebb mértékben igen, és amennyiben tisztán kivehető a jogszabály szövegében, ez is meghatározza a bírói ítéleteket.

\*\*\*\*\*

A jogértelmezés tizenkét vázolt útja differenciáltabban adja vissza a modern jogrendszerekben a bírák értelmezési lehetőségeit, mint a hazai irodalomban a Szabó Imre óta bevett négyes - nyelvtani, logikai, rendszertani és történeti - értelmezési kánon alapján gondolni lehet. Ennek ellenére mi is össze tudjuk vonni ezeket négy fő csoportba, és mint *nyelvtanit* jelezhetjük az első két formát, mint *rendszertanit* a 3.-8. pont közöttieket (kontextuális, joglogikai, precedensek fényében való értelmezés, analógia útján való értelmezés, jogdogmatikai és jogelvek fényében való értelmezés) mint *teleológia-értékelő* értelmezési csoportot a 9.-11. pont között kifejtetteket (alapjogi, etikai értékek fényében való értelmezés, illetve a jogszabály célja szerinti értelmezés) végül a 12. pontban önálló csoportot alkotva a *jogalkotó akarat*a szerinti értelmezés található. Mint látható a négyes értelmezési kánonhoz képest itt eltolódnak az egyes értelmezési műveletek, és a Szabó Imre által megadott két értelmezést illető változás az, hogy a logikai külön fajtaként kiesik - minden rendszertanihoz sorolt értelmezési művelet tartalmaz logikai elemeket is -, másrészt a rendszertani értelmezés sokkal differenciáltabb belső formákra bomlik. További változás Szabó Imre négyeséhez képest, hogy itt megjelenik a teleológiai-értékelő értelmezés is, belső három önálló fajtára bontva.

## 2.2. A magyar felsőbírósági jogértelmezés

Az előbbieken általános szinten vázolt tabló szerint tizenkét jogértelmezési út áll a modern jogrendszerekben a bírák rendelkezésére, amelyek segítségével a jogszabályok szövegéből kiindulva meghozzák az eléjük tárt esetben a döntéseket. Egy-egy országban persze nem egyforma súllyal jönnek számba ezek az értelmezési alapok, és van ahol némelyik teljesen ismeretlen, másokban szinte mindegyik használatos valamilyen fokban.

Mely jogértelmezési utakat használják a magyar felsőbíróságok? Ennek megválaszolását szeretnénk felvázolni a következőkben, amelyhez az alapot a Bírósági Határozatok kb. 600 döntvényének elemzése adja. A döntvények



kiválasztásánál a büntetőjogi és a polgári jogi jogértelmezés eltérő sajátosságaira tekintettel mindkét jogterületről nagyjából egyenlő számú esetet vontunk be a vizsgálatokba, kerülve mindkét területen a perjogi jogértelmezési viták miatt keletkezett fellebbviteli ügyeket, és csak az anyagi jogi jellegű vitákat tartalmazó jogeseteket emeltük be a vizsgálatba. Másrészt az elmúlt évtizedek változásait is feltárandó a jogértelmezés területén, az 1977-es, az 1988-as, illetve a '90-es évek gyakorlata vonatkozásában az 1998-as és az 1999 első félévi Bíróági Határozatok számait vizsgáltuk meg. Így a '70-es, a '80-as és a '90-es évek eltéréseit mindenkor kb. száz-száz büntetőjogi és polgári jogi ítélet alapján lehetett feltárni. Említeni kell még, hogy a Bíróági Határozatokban közölt döntvények legnagyobb részét a Legfelsőbb Bíróság másodfokú vagy törvényességi óvás (illetve újabban felülvizsgálati kérelem) nyomán hozott harmadfokú döntéseit jelentik, és az esetek leírása kapcsán az előző fokon hozott ítéletek jogértelmezéseinek leírását is tartalmazzák. Így a Legfelsőbb Bíróság mellett a megyei bíróságok jogértelmezési gyakorlata is feltárul ezekben.

### 2.2.1. Nyelvtani-szószerinti értelmezés

Ez az értelmezés központi jelentőségűnek tűnik a magyar felsőbbbíróságok gyakorlatában, a polgári és a büntető ítéletek között azzal a különbséggel, hogy az utóbbiaknál a nyelvtani értelmezés sokszor összefonódik a jogdogmatikai értelmezéssel, és abba beleágyazva jelenik meg. Hogy előkészületi, kísérleti vagy befejezett szakaszban levőnek kell-e minősíteni a cselekményt, hogy az egyik büntető törvénykönyvi tényállás minősített esete vagy inkább egy másik tényállás kísérleti szakaszban megakadt alakjáról van szó, társtettesről van-e szó vagy inkább bűnszövetségnek minősül az egyik elkövető, eshetőlegesnek kell minősíteni a szándékot az elkövetésnél vagy inkább egyenes szándékra lehet következtetni a tények alapján stb. - ezek a kérdések állandóan áthatják a nyelvtani értelmezéseket is a büntető ügyekben. Ezzel szemben a polgári jogi esetekben az életbeli cselekmények nyelvtani értelmezése kevésbé ágyazódik bele a jogdogmatikai értelmezési keretbe. (Bár mint látni fogjuk, itt is növekvő tendenciát jelent ez.)

Egy másik különbséget mutat a nyelvtani értelmezés terén a két jogterület között a szavak általános-hétköznapi értelméhez ragaszkodás a büntetőjogi ügyekben, ezzel szemben a szavak értelmének szabadabb kezelése a polgári ügyekben. Így a kiterjesztő vagy a szűkítő értelmezés sokkal gyakoribb a polgári ügyekben, míg a büntetőjogiakban a szavak általánosan elfogadott értelme jelenti általában az ítéletek alapjaként szolgáló tényállások megállapításának támpontjait. Ennek ellenére többször előfordul büntető ügyekben is, hogy szűkítő vagy kiterjesztő értelmet tulajdonítva a jogszabály szövegének éppen ellenkezőleg döntenek, mintha a szavak általánosan elfogadott értelménél maradtak volna. (Lásd egy ilyen ügyben Bócz Endre kritikáját: Bócz 1991:355-359).

Nézzünk meg néhány példát a nyelvtani-szószerinti értelmezés köréből. A BH 1998/8. számon közreadott büntető perben a két elkövető tizenhárom rendbeli - vagyonelleni - bűncselekmény elkövetése miatt állt a bíróság előtt, és noha ezek döntő részét együtt követték el, a Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati eljárásban tévesnek minősítette a "bűnszövetségben elkövetés" megállapítását, mert a körülmények azt mutatták, hogy ezeket minduntalan csak "alkalmilag összeverődve" tervezték meg. A Btk 137.§-ának 6. pontja szerint ugyan "bűnszövetség akkor létesül, ha két vagy több személy a bűncselekményeket szervezeten követi el vagy ebben megállapodik", de a szűkítő nyelvtani értelmezése kizárta ennek a megállapítását. A szavak hétköznapi-szószerinti értelmezés szerint pedig itt épp fordított lett volna a verdikt. Szűkítő értelmezés található a BH 1998/263. számon közreadott büntetőjogi esetben is. A három vádlott - haragra gerjedve városuk újságjának szerkesztőjére egy korábbi, rájuk vonatkozó

cikke miatt - egy álbomba-merényletet rendezett meg, egy bombának látszó tárgyat fabrikálva, és azt a városi székesegyház ajtaja elé téve. Azt akarták látni, hogy miképpen torzítja majd el a városi újság az álmerénylet eseményeit. A templom környékének lezárása után órákra megbénult a város központjának forgalma, és az elsőfokú bíróság, elutasítva az ügyészi indítványt a közveszéllyel fenyegetés bűncselekményének megállapítására, nem találta bűnösnek a három elkövetőt. Szűken értelmezte a közveszéllyel fenyegetés büntetettét (Btk 270/A. § (1) ), és a valódinak látszó bomba ártatlan játékszer-jellege miatt eltekintve a bűncselekmény elkövetésének megállapításától csak a garázdaság szabálysértési alakzatát látta e cselekménnyel megvalósulni. (A másodfokú bíróság - elutasítva az ügyészi fellebbezést - helybenhagyta ezt az értelmezést.)

A nyelvtani értelmezés kiterjesztésének jogosságán folyt a vita a BH 1999/13. számon közreadott polgári perben is egy betéti társaság kültagja vagyoni felelősségének mértékéről. A gazdasági társaságról szóló 1988. évi VI. tv 100.§ (1) bekezdése alapján ugyanis "A beltaggal azonos módon felel a kültag, ha neve a társaság cégszövegében szerepel." A jelen esetben pedig a kültag és a belttag családi nevének kezdőbetűiből állt a Bt. cégszerű neve. Az első és a másodfok bírósága kiterjesztő módon értelmezte a törvényszöveget, és a név kezdőbetűjének szerepeltetését is elegendőnek találta a kültag felelősségének megállapításához, és a perbeli nyolc és fél millió forint megfizetésére kötelezte a kültagot. A felülvizsgálati eljárásban ezzel szemben a Legfelsőbb Bíróság tanácsa elutasította e kiterjesztő értelmezést.

Szűkítő értelmezés döntötte el a BH 1999/69. számon közreadott esetben is az öröklési per kimenetelét. Az idős örökhagyó öröklési szerződést kötött a felperessel, hogy az ellássa, gondozza és halála után illő módon eltemettesse, és ennek fejében minden ingó és ingatlan vagyona örökösevé tette. Néhány hónap után meghalt, és a hagyatéki eljárásban derült ki, hogy az így örökösnek nevezett személy írni és olvasni nem tud, és mivel a Ptk 624.§-ának (3) bekezdése értelmében írástudatlan személy csak közokirati formában végrendeletkezhet - a 656.§ szerint pedig az öröklési szerződésre a végrendelet alakiságát kell alkalmazni -, ezért hiába tudott maga az örökhagyó írni és olvasni, az öröklési szerződés kedvezményezettjének írástudatlansága miatt érvénytelennek nyilvánította a megindult perben az elsőfokú bíróság a végrendeletet. Felülvizsgálati eljárásban a Legfelsőbb Bíróság tanácsa azonban szűken értelmezte a végrendelet alakiságának szabályait az öröklési szerződés tekintetében, és úgy találta, hogy elegendő az, ha az öröklési szerződésnek a végrendeletkező fele bír az írás és olvasás képességével, és ezzel érvényessé nyilvánította a vitás öröklési szerződést.

Kitekintésképpen kell megjegyezni, hogy a közigazgatási bírósági esetekben a nyelvtani értelmezésekben még a szűkítő és a kiterjesztő értelmezés is csekélyebb mértékben látszik érvényesülni, és a Legfelsőbb Bíróság közigazgatási bírának döntései szigorúan ragaszkodnak a szavak általánosan elfogadott értelméhez ítéleteikben. Mint e téma egyik szerzője írja, a Legfelsőbb Bíróság bírái rendre hatályon kívül helyezik a megyei szintű ítéleteket, ha kiterjesztő vagy szűkítő értelmezéssel ezek eltérnek a szavak általánosan elfogadott értelmétől (Dudás 1997:603). A szöveghez tapadó értelmezés tehát a hazai bíróságoknál a közigazgatási jogi területen a legerősebb.

### 2.2.2. Jogdogmatikai értelmezés

Mint látható volt, ez az értelmezés gyakoribb a büntetőjogi perekben, de ha fejlődésében nézzük ennek az arányát, akkor azt lehet mondani, hogy az 1970-es

évekhez képest mindkét területen emelkedett ennek az értelmezésnek a gyakorisága. A büntetőjogi ítéletekben az 1977-es döntések esetében minden ötödikben lehetett felfedezni jogdogmatikai értelmezést, ezzel szemben az 1988-as döntésekben már minden másodikban, az 1998-99-es ítéletekben pedig maradt ez az arány. A polgári jogi ítéletekben 1977-ben csak minden tizedikben volt olvasható jogdogmatikai értelmezés, ezzel szemben 1988-ban már minden ötödikben, és szintén ez az arány található az 1998-99-es ítéletekben is. Mindkét területen növekedett tehát a jogdogmatikai értelmezés szerepe, de a gyakoriság magasabb szintjén is hasonló ma az eltérés a büntető és a polgári ügyek ítéleteiben, mint a '70-es években volt.

Nézzünk néhány példát mindkét jogterületről a jogdogmatikai értelmezésre. A BH 1999/148. számon megjelent büntetőperben többrendbeli rablással vádolták a sorozatban bankokat és postafiókokat kirabló elkövetőket, és az egyik elkövetés kapcsán - amikor a postahivatalban már a padlóra kényszerítették a postai alkalmazott hölgyet, de egy ügyfél váratlan belépése miatt el kellett menekülniük, félbehagyva az elkövetést - vita volt az első és a másodfok bírósága között, hogy ebben az esetben önkéntes elállás megállapítására van-e lehetőség? Az elsőfokú bíróság azon az állásponton volt, hogy a rablás két mozzanatból áll - erőszak alkalmazásából és eltulajdonításból -, így az első mozzanat (az erőszak alkalmazása) után már nincs mód arra, hogy önkéntes elállást lehessen megállapítani. Ezzel szemben a másodfok bírósága lehetőséget látta ilyen esetben is megállapítani ezt: "Dogmatikailag viszont téves az okfejtés, amely szerint "a rablás kétmozzanátú volta miatt fogalmilag kizárt a kísérlettől való önkéntes elállás alkalmazhatósága". A rablás összetett jellege még nem teszi eleve kizártnak a kísérlettől elállás megállapítását." Szintén a rablás kétmozzanátúságának komplikációi adták a jogértelmezési vita alapját a BH 1999/152. számú esetben is. A két elkövető egy idős hölgyhöz a nyitott ajtón besétálva minden erőszak nélkül el tudta venni annak ingóságait, de egy segítségére siető szomszédot földre lökve tudtak végül távozni az ingóságokkal és az ékszerekkel. A tulajdonostól erőszak alkalmazása nélkül vették el a tárgyakat, és a rablás tényállásának megállapításához ez nélkülözhetetlen, de a bíróság leszögezte: "a rablásnál az erőszak elszenvedőjének és a dolog tulajdonosának nem kell azonos személynek lennie."

Polgári perben jogdogmatikai vitát találhatunk a BH 1998/18. számon megjelent esetben is. A peres felek között megállapodás jött létre arról, hogy a felperes és néhai házastársa 1.650.000 Ft. vételáron megvásárolja az alperes tulajdonában álló ház ingatlant. Ennek biztosítására az aláírás napján 300.000 Ft. majd néhány nap múlva 200.000 Ft. foglalót adtak át. A vétel a vevők egyikének halála miatt megghiúsult, mivel erre tekintettel a másik vevő is visszalépett, és a foglaló visszakövetelésére irányuló perben a bíróság csak az aláírással egyidőben adott 300.000 Ft.-ot minősítette foglalónak, az azután adott 200.000 Ft.-ot pedig már csak előlegnek a későbbi teljes vételár tekintetében. Hasonlóan az előbbi esethez a BH 1998/333. számú esetben is a foglaló dogmatikai kérdései jelentették az ítélethez vezető jogértelmezés tárgyát. Versenytárgyaláson kívántak értékesíteni egy telekingatlant, amelynek pályázati alapára 20 millió forint volt, és a versenytárgyaláson való részvétel feltétele kétfélmillió forint versenytárgyalási biztosíték befizetése volt, amely a vételárba beszámított volna. A versenytárgyalás napján senki nem jelentkezett, így az sikertelen volt, és a telket értékesíteni szándékozó önkormányzat képviselőtestületének rendelete alapján ezután 30 napon belül újabb versenytárgyalás kiírása nélkül bármely jelentkezővel meg lehetett volna kötni az adásvételi szerződést. A felperes ezen az időn belül megjelent, és befizette a kétfélmillió forintot, amelyet az önkormányzat-alperes alkalmazottja "foglaló" néven regisztrált. Végül az önkormányzat-alperes miatt megghiúsult a szerződéskötés, ám hiába kérte vissza a kétfélmillió kétszeresét - a foglaló szabályainak megfelelően - a reménybeli vevő-felperes, a bíróságok úgy találták, hogy "A foglaló jellegéből következik, hogy érvényes szerződés létét feltételezi..., de ekkor

még szerződéskötésről szó sem volt, a tárgyalások csak ezt követően kezdődtek meg a felek között." Az önkormányzat alkalmazottjának téves "foglaló" jelölése ellenére tehát a bíróság a foglaló dogmatikai értelmezését követően egyszerű versenytárgyalási biztosítéknak minősítette a befizetett kétmillió forintot, és így csak azt, de nem kétszeresét kellett visszafizetni a felperes számára.

### 2.2.3. Bírói gyakorlatra ill. precedensre hivatkozó értelmezés

A bírói gyakorlatra ("állandóan követett ítélkezési gyakorlatra", "következetes ítélkezési gyakorlatra" etc.) és a precedensekre hivatkozó értelmezést együtt kell szemügyre venni, mert sokszor úgy történik a precedensre hivatkozás, hogy a bírói gyakorlatra hivatkozás megerősítéseként idézik meg a Legfelsőbb Bíróságnak a Bírósági Határozatokban közölt egy vagy több eseti döntését. Többször előfordul az is, hogy precedens megidézése nélkül utalnak a bírósági gyakorlatra, de az is, hogy egy BH-döntésre hivatkoznak a bírósági gyakorlatra utalás nélkül. A gyakoriságot tekintve a bírói gyakorlatra hivatkozás vezet a precedensre hivatkozás előtt, és érvelési súlyt tekintve is a bírói gyakorlat áll elől. Az egyik BH-döntésben épp az volt az elsőfokú és a másodfokú bíróság között a vita tárgya, hogy az elsőfok által idézett, LB-tanács által hozott döntés valóban a vonatkozó bírói gyakorlatot tükrözi-e vissza, ahogy az elsőfok állította, vagy az épp szemben áll-e vele? A másodfokú bíróság úgy találta, hogy a kialakult bírói gyakorlat éppen szemben áll az idézett LB-tanács általi eseti döntéssel, és kifejtette, hogy az LB ítélkező tanácsai által hozott döntések nem bírnak kötelező erővel az alsóbb bíróságok felé, ezért ő inkább megmarad a bírói gyakorlatnál (lásd BH 1998/232.).

Ha időbeli dimenzióban nézzük a bírói gyakorlatra és a precedensre hivatkozás gyakoriságának alakulását, akkor azt láthatjuk, hogy míg az 1977-es ítéletekben a büntető ügyekben már gyakori volt ez, addig a polgári ítéletekben szinte teljesen hiányzott, ám 1988-ban a polgári ítéletekben is gyakoriak lettek, és ez a gyakoriság teljesen egyenlővé vált az 1998-'99-es ítéletekben a büntető ítéletekben található hivatkozások gyakoriságával. A büntetőjogi ítéletekben 1977-ben minden ötödikben volt bírói gyakorlatra hivatkozás és minden huszadikban precedensre hivatkozás, 1988-ban ez annyiban módosult, hogy a precedensre hivatkozás is elérte a bírói gyakorlatra hivatkozás arányát, vagyis minden ötödik hivatkozott már precedensre is, és ez így maradt 1998-99-ben is. Ezzel szemben a polgári ítéletekben 1977-ben egyetlen precedensre hivatkozást sem lehetett találni, és csak egy bírói gyakorlatra hivatkozás volt olvasható, ám 1988-ban már minden tizedikben volt bírói gyakorlatra hivatkozás és minden huszadikban precedensre hivatkozás, az 1998-99-es ítéletekben pedig már minden ötödikben volt bírói gyakorlatra hivatkozás és minden tizedikben precedensre hivatkozás. Vagyis mára, ha a precedensre hivatkozás még mindig kevesebb a polgári ügyekben, mint a büntetőkből, a bírói gyakorlatra hivatkozó értelmezés már épp olyan gyakori itt is. Összességében levonható az a következtetés, hogy az elmúlt húsz év változásai - hogy az értékelő "fejlődés" kifejezést most ne használjuk - egyre inkább felhozták a jogszabályok szövege mellé a Legfelsőbb Bíróság eseti ítéleteit és a körülötte szerveződő bírói gyakorlatot is a jog hordozójává. A jövőbeli bírói ítéletek kalkulálásába egyre inkább a felsőbírói döntéseket és a bírói gyakorlatot is be kell vonni mind a büntető, mind a polgári jogi ügyekben. Ugyanez vonatkozik természetesen a jogi oktatás anyagának összeállítására is: a jogot megtanítani egyre inkább csak a bírói gyakorlattal együtt lehetséges, és a jogszabályok szövege egyre inkább kevésnek bizonyul ehhez.

Csak a félreértések elkerülése érdekében kell említeni, hogy a fenti számok és az azokból kirajzolódó tendencia kapcsán még nem érintettük a Legfelsőbb Bíróság elvi

döntéseit, irányelveit valamint kollégiumi állásfoglalásait. Ezek ugyanis nem eseti döntéseket, precedenst jelentenek, hanem az absztrakt jogi norma minden vonásával rendelkezve a büntetőjogi és a polgári jogi törvényszintű jog részletező végrehajtási szabályaiként foghatók fel. (Az utóbbi évben az irányelvek és elvi döntések helyére lépett jogegységi határozatokat, melyek egy-egy konkrét ügy kapcsán fejtenek ki általános iránymutatást a bírói gyakorlat számára, a bevezetés óta eltelt rövid idő miatt nem vizsgáltuk.)

Mindenesetre a bírói gyakorlatra és az eseti döntésekre hivatkozó számadatoktól elkülönítve, érdekes lehet az LB ilyenfajta normatív döntéseire hivatkozó értelmezés gyakorisága és ennek változásai. Büntető ügyekben 1977-ben minden nyolcadik döntésben hivatkoztak kollégiumi állásfoglalásra, minden ötödikben BED-re (büntető elvi döntésre) vagy irányelvre; 1988-ban a kollégiumi állásfoglalásokra hivatkozás gyakorisága nem változott, a BED-re illetve irányelvre hivatkozó értelmezés a felére csökkent (minden tizedik büntető ítéletben hivatkoztak ezekre); az 1998-99-es ítéletekben egy-két esetben lehetett kollégiumi állásfoglalásra hivatkozó értelmezést találni, és alig valamivel több irányelvre vagy BED-re hivatkozást. Polgári ügyekben ezzel szemben nem történt meg ez a jelentőségcsökkenés, és az ítéleteket vizsgálva éppúgy minden ötödikben lehet találni az 1998-99-es éveket tekintve kollégiumi állásfoglalásra hivatkozást, mint az 1977-es ítéletekben. Igaz, itt a PED-re (polgári elvi döntésekre) hivatkozás mindig is nagyon csekély volt.

#### **2.2.4. Alkotmányos alapjogokra, alkotmánybíróági döntésekre hivatkozó értelmezés**

Ez a fajta jogértelmezés a '89-es társadalmi-politikai változások előtt természetesen nem merült fel, a '90-es évek végét tekintve azonban már megjelenik az ítéletekben ez az értelmezési alap.

Ha a dolog lényegét tekintve már a kiindulópontban ki akarjuk emelni a legfontosabb megállapítást ebben a vonatkozásban, akkor azt lehet mondani, hogy *elenyészően csekély szerepe van a jogértelmezésben az alkotmányos alapjogokra, illetve különösen az alkotmánybíróági ítéletekre hivatkozó értelmezéseknek*. Szemben azzal a központi szereppel, amit a hazai - a világon a legszélesebb hatáskörű - Alkotmánybíróság a jogalkotás meghatározásában és a jogszabályok megsemmisítésében játszik, a jog *alkalmazási folyamataiban* lényegében alig jelenik meg. Ennek egyik oka az is, hogy az Alkotmánybíróság működése kezdetén önmaga mondta ki a jogalkalmazói jogértelmezésben és az egységes joggyakorlat kialakításában a Legfelsőbb Bíróság kizárólagos szerepét (lásd az 57/1881-es AB-határozatot: Magyar Közlöny 1991/123 sz. 2456. p.) Ezt a Legfelsőbb Bíróság tudatos gyakorlata, az AB-döntéseknek a felmerülő jogértelmezési kérdésekbe történő bevonásának elkerülésével, messzemenően támogatja. Több esetet lehetett ugyanis találni a vizsgált ítéletek között, amikor olyan kérdésben döntött a Legfelsőbb Bíróság valamelyik ítélkező tanácsa, amelyre hosszan részletező alkotmánybíróági határozatok is vannak (pl. a szerzett jogok körében, vagy az adatvédelmi ügyekben) ám mindenféle ezekre való hivatkozás hiányzott a meghozott ítéletekből. (Lásd a szerzett jogok értelmezése körül folyó perekhez a BH 1999/18., ill. a BH 1999/113. számon közreadott eseteket.)

Teljesebb képet kapunk, ha belső megkülönböztetéseket teszünk az alkotmányos jogok alapján történő jogértelmezés esetei között, és így pontosítjuk a Legfelsőbb Bíróság és a felsőbbbíróóságok hozzáállását ezekhez. Többször előfordult, hogy a peres felek hivatkoztak alkotmánybíróági döntésre, de a bíróság nem reagált erre, és ebben a tekintetben mindenféle pozitív vagy negatív állásfoglalást nélkülözött a meghozott

ítélet. Egy másik megkülönböztetést abban a vonatkozásban kell tenni, hogy néha ugyan a bíróság (is) hivatkozik alkotmányos alapjogokra jogértelmezésében, de nem hivatkozza meg a releváns alkotmánybíróági döntés(ek)e)t. Egy további megkülönböztetést kell tenni a büntető és a polgári ügyek között. A büntető ügyekben a bíróság is hivatkozik néha alkotmányos alapjogokra, míg a polgári ügyekben a bírák nem, csak a felek hivatkoznak néhány esetben ezekre.

Ezek után a számadatokhoz fordulva azt láthatjuk, hogy az 1998-ban vizsgált büntető ítéletekben háromszor történt alkotmánybíróági ítéletekre hivatkozás, és ezen túl még két esetben úgy hivatkozott a bíróság alkotmányos alapjogra, hogy alkotmánybíróági döntést nem idézett meg. Az 1999-es büntető ítéletekben mindössze két alkotmánybíróági döntésre hivatkozás volt, és ebből is az egyik a Szabolcs-Szatmár Megyei Bíróság volt, és az ügy nem ment fel az LB szintjéig. A polgári jogi ítéleteket megvizsgálva 1998-ban négy esetben a felek hivatkoztak alkotmánybíróági döntésekre, de a bíróság csak két esetben reagált erre, és maga is bevonta e két esetben a jogértelmezésbe az alkotmánybírák érveit. Az 1999-es polgári ítéletekben azonban egy sem volt ilyen hivatkozás, és noha két eljárás szerzett jogokra hivatkozás ügyében folyt, és a Legfelsőbb Bíróság ítélő tanácsa is értelmezte a szerzett jogok kérdését, egyszer sem hivatkozott a vonatkozó AB-döntésekre. (Lásd a szerzett jogok értelmezéséhez a 43/1995-ös és a 16/1996-os AB-határozatokat.)

Az a néhány eset, amikor kivételesen a Legfelsőbb Bíróság bírái mégis hivatkoznak az alkotmányos alapjogokra, lehetőséget ad következtetések levonására az alapjogokat illető felfogásuk tekintetében. Azt lehet mondani, hogy - szemben az alkotmánybírákkal és az e téren nálunk szintén szerephez jutó ombudsmanokkal - a Legfelsőbb Bíróság bírái egyrészt az empirikus társadalmi felfogásokhoz, az általános közvéleményhez kötik az egyes alkotmányos alapjogok terjedelmét és ezek megsértésének határait, másrészt így sokkal szűkebben fogják fel ezeket. Egy példát ehhez a BH 1998/223 számon közzétett ítéletből meríthetünk. Az indoklás tanúsága szerint a felperes emberi méltóságának megsértését látta abban, hogy egy kempingben a személyi igazolványát a kemping kezelő személyzete addig akarta lefoglalva tartani, amíg ő a kempingben tartózkodik, és csak a sátorhely kifizetése után az utolsó napon akarták visszaadni azt neki. Az ügy feljutott a Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati tanácsáig, és az ügy foglalt állást, hogy az emberi méltóság megsértését csak abban az esetben lehet megállapítani, ha az a társadalomban általánosan elterjedt vélekedés szerint is annak tekinthető. A jelen esetben pedig az általánosan elterjedt társadalmi vélekedés nem tekinti az emberi méltóság megsértésének a személyi igazolvány visszatartását, és azt bevett gyakorlatnak lehet tekinteni a kempingekben. Ezzel szemben az Alkotmánybíróóság - legalábbis az első kilenc éves ciklus bíráinak többsége - hajlottak arra, hogy a legelterjedtebb társadalmi véleménnyel szemben is döntsének, az emberi méltóság megsértését megállapítva, és feltehetően egyáltalán nem állt volna távol tőlük a jelzett ügyben észlelni az emberi méltóság megsértését. Sőt, az Alkotmánybíróóság sokszor épp az alkotmányos alapjogokra támaszkodó döntésekkel igyekezett megindítani a társadalmi vélemények átalakítását. Ugyanígy a BH 1998/412-es számú döntésben is az empirikus társadalmi közvéleményhez kötést találunk az emberi méltóság megsértése és a becsület csorbítására alkalmasság szempontjából: "A társadalomban kialakult általános megítélés, az általános erkölcsi és közfelfogás az, amelynek figyelembevételével kell eldönteni, hogy az adott esetben a tény állítása, híresztelése alkalmas-e a becsület csorbítására."

Szűkebben fogják fel a legfőbb bírói testület bírái az Alkotmánybíróáságnál az emberi méltóság megsértését abból a szempontból is, hogy ezt csak a személyek érintkezési viszonyaiban látja megsérthetőnek: "az emberi méltóság pedig annak az igénynek a kifejezője, hogy a személyt, az egyént a társadalomban kialakult érintkezési mód minimális követelményeinek megfelelően kezeljék" (BH 1998/412.). Ezzel szemben

az Alkotmánybíróság sokszor felhasználta ezt a formulát akkor is, ha más típusú szabadságkorlátozást vélt felfedezni. Például az emberi méltóság megsértését látta megvalósulni, amikor egy örökbefogadott gyerek nagykorúvá válása után a vérszerinti szüleinek kilétét szerette volna kideríteni, de az erre vonatkozó családjogi törvényhely ezt megakadályozta (lásd az 57/1991-es AB-határozatot).

### **2.2.5. A jogalkotó akaratára, szándékára hivatkozó értelmezés**

A mintegy 300 polgári ítélet esetében hét alkalommal történt az alkalmazott törvényhely miniszteri indokolására hivatkozás jogértelmezési célzattal, két alkalommal pedig "a törvényalkotó nyilvánvaló szándékára" utalás történt, de minden ezt alátámasztó hivatkozás nélkül. A vizsgált 300 büntetőjogi eset ítéletében ezzel szemben csak egyetlen esetben találtunk miniszteri indoklásra hivatkozást. (Kiegészítésképpen kell hozzátenni, hogy a fenti eseteken túl az 1981-es Bírósági Határozatokból 15 további esetet megvizsgálva öt esetben is található volt miniszteri indoklásra hivatkozás a törvényhely értelmezésében, és ezt az teszi érthetővé, hogy az 1978-ban megalkotott új Btk alkalmazásánál még néhány évig kiemelt szerepet kapott a bírói döntésekben a miniszteri indokolás, mint jogértelmezési támpont. Azonban az 1988-as büntető ítéletek elemzése már mutatja az e téren látható főszabályt, és egyetlen miniszteri indoklásra támaszkodó értelmezést sem találtunk.)

A magyar felsőbbírási ítéletekben tehát elenyésző a jogalkotói akaratra hivatkozó értelmezés még a miniszteri indokolás szintjén is, nem is beszélve arról, hogy esetleg törvény-előkészítési anyagokból kívánnák megismerni a bírák a törvényhozói szándékot. (Lásd az ebbe az irányba elmenő svéd jogértelmezési gyakorlatot: Peczenik/Bergholz 1991; ill. Eörsi 1974). Sőt, a tendenciát tekintve még ez is a teljes eltűnést mutatja. Az összesen megvizsgált 300 polgári jogi ügy ítéleteit szemügyre véve azt látjuk, hogy az 1977-es BH-döntésekben még négy ilyen hivatkozás volt, ez háromra csökkent az 1988-as ítéletekben, 1998-ban még mindig két ilyen ítélet volt, ám az 1999 első félévi ítéletekben már egy sem volt található. A 300 büntető ügy ítéleténél pedig az egyetlen miniszteri indoklásra hivatkozás az 1977-es évben volt. (Mint jeleztük, az 1981-es eseteket az új kódex alkalmazásának begyakorlásából eredő kivételnek lehetett minősíteni.)

### **2.2.6. Összegzés**

Mint a fenti képből látható volt, néhány jogértelmezési mód teljes mértékben hiányzik a felsőbbírási joggyakorlatunkból. A 600 BH-eset egyikében sem lehetett találni joglogikai formulák segítségével végrehajtott jogértelmezést. A jogirodalmi értelmezés megjelenése is még teljesen friss jelenség nálunk, és mindössze egy-egy Btk- és Ptk-kommentárra utaló értelmezést találtunk az utóbbi két évből (a BH 1998/270-ben a Btk-kommentárjára, a BH 1999/117-ben a Ptk-kommentárjára hivatkoztak a jogértelmezésben). Ennél szabadabb jogirodalmi értelmezést, például egy-egy monográfiára vagy jogtudományi tanulmányra hivatkozást egyszer sem találtunk a 600 esetben. (Az újonnan megjelent jogegységi döntésekben azonban ez szélesan gyakoroltnak tűnik, de erre az új formára - mint jeleztük - nem terjedt ki a rendszeres elemzés.)

Nem lehetett találni a jogi szövegtől nagyobb elszakadást megteremtő jogági alapelvekre vagy a jog általános elveire hivatkozó értelmezést sem. Mint látható volt,

csinján bánnak a felsőbbíróságok az alkotmányos alapjogok fényében történő jogértelmezési úttal is. Ha tehát a bírósági "aktivizmust" a jogszabályi szövegtől erősebb elszakadásának jelzésére lehet használni - amely Magyarországon eddig az Alkotmánybíróság első ciklusának döntéseivel kapcsolatos kritikaként fogalmazódott meg -, akkor a felsőbbírósági jogértelmezést a legcsekélyebb fokban sem lehet "aktivistának" nevezni.

Másik oldalról azonban a '70-es évek szövegpozitivistá stílusát sem lehet állítani már a '80-as évek végét tekintve, a '90-es évek végén pedig különösen nem. Mint látható volt a fenti elemzésekben, a nyelvtani-szószerinti értelmezésen túli jogértelmezési módokban több esetben jelentős növekedést lehetett megállapítani. Így a jogdogmatikai értelmezés szerepe növekedett erősen mind a polgári, mind a büntetőjogi ügyekben; ugyanígy a bírói gyakorlatra és a precedensekre hivatkozó értelmezések száma is alaposan megnövekedett a '70-es évek ítéleteihez képest.

A komplexebb, több jogértelmezési alapon keresztüli értelmezés térnyerését a Bírósági Határozatokban közzétett ítéletek hosszának növekedése is jelzi. Míg az 1977-es BH-döntések nagy többsége alig fél-egy oldal hosszúságú volt, addig az 1998-'99-es ítéletek többsége már két-három oldalt tett ki. Számításaim szerint a mai BH-döntések többsége 1.200-1.500 szóból áll, és összehasonlításképpen említeni kell, hogy a hírhedten lakonikus francia felsőbbírósági ítéletek átlag 200 szóból állnak, Németországban 2.000 szóból, az Egyesült Államokban pedig átlagosan 8.000 szóból (lásd MacCormick/Summers 1991 és Kötz 1973; 1988). Ebből tehát látható, hogy még a hazai ítéletek hosszának növekedése és a bírói jogértelmezés és érvelés teljesebb bemutatása sem tekinthető ma még túlzottan részletezőnek. Nem vitás, hogy ha minden lényegesebb mérlegelést és az ebben való döntésük indokait bemutatnák ítéleteikben bírúink, akkor még terjedelmesebbek lennének fejtegetéseik. Ismerve az erre ösztökélő jogelméleti tendenciákat a nyugati jogrendszerekben, ezt prognosztizálni lehet a jövőben nálunk is (Wróblewski 1991; Alexy/Dreier 1991).

### 3. A jog érvényessége

#### 3.1. A többretegű jog és a jog érvényessége

A jog érvényessége a hatályosság/érvényesség elkülönítése kapcsán merül fel a jog alapfogalmai között a jogi oktatásban. E szerint a jog(szabály) *hatályossága* a formális kihirdetés és egy későbbi jogszabállyal való megszüntetése közötti időszakot jelöli, míg az *érvényesség* arra az előkérdésre vonatkozik, hogy a jogszabály létrehozatalánál és kihirdetésénél betartották-e az erre az eljárásra vonatkozó szabályokat. Ha egy jogszabály létrejött és kihirdetése az előírt formában ment végbe, akkor a jogszabály érvényes és - másik aspektusból nézve - addig hatályos, amíg egy új jogszabály nem hatálytalanítja, vagy ha eleve meghatározott időpontig írta elő saját hatályosságát, akkor amíg ez az időpont nem következik el.

Az érvényességnek ez a felfogása azonban implicite egy előzetes jogkoncepciót nyugszik, ami Magyarországon különösen a XX. század második felében vált dominálóvá, ezen belül is elsősorban az államigazgatási jog területén. *E koncepció szerint ugyanis a jog egyenlő az arra illetékes állami szerv megfelelő formában létrehozott döntésének szövegével.* Érvénytelenné tehát így csak az teheti az adott



jogszabályt, ha e döntési szöveg megfelelő formában jött létre. Persze ez a jogkoncepció - az államigazgatási jogon túl - a polgári jogban sem volt teljesen bevett az elmúlt évtizedekben, hisz itt a mindenkori új jogszabályok tényleges értelmét egy jogdogmatikai szűrőn keresztül értelmezte eddig is a bírói gyakorlat, és maguk e szabályok is úgy épülnek fel, hogy eleve absztraktabb síkon szövegezve és csak a mögöttes jogdogmatikai rend fényében derül ki az egyes szövegrészek tényleges normatív iránymutatása. Az államigazgatási ihletésű jogérvényesség tehát már erre sem adott választ, és így inkább csak "szövegérvényességnek" lehet ezt tekinteni, és ennek elfogadottsága az államigazgatási jogi területen magyarázható azzal, hogy e területen - létének elmúlt évszázadában - még csak csökevényesen alakult ki a hagyományos jogterületeken (magánjog, büntetőjog) megfigyelhető jogdogmatikai rend és a sűrű bírói továbbfejlesztési gyakorlat. A szabály alkalmazójának szöveghez kötöttsége - és épp ezért a legkonkrétabb szintig lemenő jogszabályi részletezés - az államigazgatási jog területén valóban élő jelenség, így ez a leszűkített jogkoncepció itt kevésbé véti el a realitást.

A hagyományos jogterületeken azonban ez a jogkoncepció a realitás elvétését jelenti, hisz itt a kódexek szövege önmagában egyáltalán nem adja meg a konkrét esetben érvényes jogot. A jog szöveghez kötöttségének erőssége persze ma e jogterületeket tekintve is nagyobb nálunk, mint az a kontinentális jognak abban a német-osztrák régiójában megfigyelhető, amelybe beágyazottan fejlődött az elmúlt évszázadokban a magyar jogélet is. A politikai jogalkotó mindenkori terméke, a törvényszöveg itt még inkább a jogdogmatikai modellek és a felsőbbbírói gyakorlat kontrollja alatt áll, mint az nálunk az utóbbi évtizedekben lehetséges volt, és e három jogréteg együtt adja meg ebben az átfogóbb régióban az egyedi eset számára az érvényes "jogos" premisszáit. Ha tehát a jogkoncepciókat kitágítottuk a jogszabályok szövegétől, és egy többretegű jogkoncepcióból indulunk ki, akkor az említett államigazgatási ihletésű jogérvényesség fogalmát is ki kell tágítani. Ti. ez csak egy jogrétegen - a jog szövegrétegen - belül tematizálja az eseti jogi döntés felé a "mindenkori jogos" feltételeit, de ez még kevés az ide vonatkozó "jogos" teljes körű feltételeinek megállapításához.

A kontinentális európai jogrendszerek a hatályos jogszabályok szövegeinek összességéből, az e mögötti jogdogmatikai rendből és a felsőbbbírói gyakorlat ezeket továbbfejlesztő normatíváiból állnak. Az utóbbi évtizedekben egy sor országban e hagyományos jogrétegek fölé került az alkotmányos alapjogok rétege, és az előbbi három jogréteg mindenkori terméke csak az alapjogi réteg szűrője után válik ténylegesen a jogrendszer részévé. Pedáns fogalmazással így azt is lehet e változás óta mondani, hogy a hatályosság így bizonyos fokig eltolódik - az esetek egy részében -, és a pusztán törvényi kihirdetés után még az alkotmánybírói kontroll sikeres kiállása adja meg a vitathatatlan hatályosságot egy új törvényi rendelkezésnek.

A jogrendszer értelmi síkjai így a kontinentális jogban több rétegre osztódva léteznek, és önmagában egyik jogréteg sem adja meg az egyes szituációkban kimondandó "jogost" a bíró számára. Az sem segít tovább, ha az összes előbb említett jogréteget bevonom a vizsgálatba, noha ez előfeltétel ahhoz, hogy ebbe az irányba tovább lehessen lépni. Ekkor csak ahhoz jutottam el, hogy le tudom írni milyen egy adott ország jogrendszerén belül - az egyes jogágak szerint is differenciálva - a politikai jogalkotás, a jogdogmatikai rend, a bírói kazuisztika és az ezek fölötti alapjogi réteg viszonya, általános összefüggéseiket illetően. *Az érvényes jog fogalma túlmegy ezen, és e jogrétegek egymásra vetüléséből a konkrét szituációkban adódó jogost fogalmazza meg.* Egy szituációban az érvényes jogot - ideálisan felrajzolva - a politikai jogalkotó szövege rögzíti, amely előzetes jogdogmatikai modellek közötti választással kapja meg mindenkori alakját, és bírói alkalmazásakor e jogdogmatikai modellekre visszanyúlással kerül mindig konkretizálásra, ill. ugyanígy a releváns

alkotmányos alapjogokra tekintettel formálódik ki az adott törvény szövege. Röviden talán úgy is ki lehet ezt fejezni, hogy az *érvényes jog - a többbétegyű jogrendszer egyes rétegei egymásra vetülésének eredményeképpen konkretizálódó jogrendszer*.

### 3.2. A jogérvényesség elméleti tematizálásai

A többbétegyű jog koncepciójából a jogérvényességnek és az érvényes jognak a fent megadott fogalma természetszerűleg következett. A jogelméleti irodalomban azonban jog érvényességének egy sor eltérő megfogalmazása is ismert, és ezek ütköztetésével jobban kibomlik talán a jog érvényességének itt használt értelme is.

1. A jogérvényességnek az általunk fentebb megadott fogalma, a jogrendszer belső összefüggéseire volt telepítve, és ezt a *"belső" érvényesség-fogalmat külön kell választani a jog külső, vagy "szociológiai érvényességének" fogalmától*. A századforduló utáni években virágzó jogszociológiai iskolák - észelve az állami szervek által alkotott törvények, rendeletek "papíron maradását", és a társadalom tényleges gyakorlata fölött elfutását - az érvényes jog fogalmához (szemben a papíron maradt joggal) a mindennapi gyakorlatban történő tényleges realizálást és követést kötötték. *Ebben az értelemben az érvényes jog fogalma, a "papírrjoggal" szembeállítva, a ténylegesen követett jogot jelöli*. Eugen Ehrlich erre használta az "élő jog" kifejezést, és ez jelentette nála az "igazi" jogot az állam által alkotott pusztá papírrjoggal szemben (Ehrlich 1913). Hasonló értelemben állt Leon Duguit-nél az "objektív jog" a "pozitív joggal" szemben.

Csak kitekintésként kell jelezni, hogy ez a tematizálás tulajdonképpen azt az általánosabb kérdést illeti, amely a társadalmi jelenségek értelmi jellegéből következik, és ami miatt ezek objektív létezése nem válaszolható meg úgy, ahogy a fizikai és a biológiai létezés dolgainál. Például egy szó, egy fogalom, egy technológia, egy tudományos állítás stb., amit valaki kitalál és leír, az rögtön létezik mint értelmi termék, ám addig míg ezt csak egy-két ember használja, társadalmilag alig létezik. Csak az elterjedtségük és a tartós használatuk adja meg a szélesebb társadalmi „létezésüket”, és erre használtuk az első kötet elemzése között a „létrelevancia” fogalmát. Vagyis a jog „szociológiai érvényessége” az általánosabb létrelevancia probléma itteni a eseteként ragadható meg.

Max Weber szintén használta ebben az értelemben a jog érvényességét, azonban nála ez a jogkoncepció szempontjából nem jelentette a jog fogalmának beszűkítését a mindennapi gyakorlat ténylegesen követett szabályszerűségeire. *Weber ezt az aspektust, a jog szociológiai vagy faktikus érvényességének nevezve, elválasztotta a jog eszmei érvényességétől, amely a jog belső értelmi összefüggéseiben való érvényességet jelenti nála*. Összehasonlítva ezt a disztinkciót az általunk az előzőekben elmondottakkal látható, hogy Weber eszmei érvényesség fogalma mentén haladtunk mi is előre, és nem a faktikus érvényesség vonalán.

2. Az előbbi gondolatkörnek egy másik megfogalmazása, amikor a *jog érvényességét a bírói gyakorlathoz kötik*. Az amerikai jogi realizmus vagy a XX. század elején hatásos német szabadjogi iskola koncepciói használták ebben az értelemben a jog érvényességének a fogalmát. A hatályos papírrjogon (vagyis az állami szervek által alkotott jogon) belül csak az érvényes jog, amit a bírói gyakorlat szentesít, az eseti jogi döntésekbe áttűtet. *Itt a faktikus és az eszmei érvényesség összeolvadva van jelen* - szemben az Ehrlich "élő joga" tiszta faktikusságával, vagy másik oldalról Weber említett kettéosztásával kontrasztolva -, és így ez szintén egy leszűkített jogkoncepció

eredményének mondható.

3. A *jog etikai tartalma szerinti érvényességét* több oldalról is megfogalmazták már. Itt a legfontosabb irányzat a természetjogi jogkonceptióból fogalmazza meg a jog érvényességét. Az állam által alkotott jog itt csak annyiban tekintendő érvényesnek, amennyiben a - különféleképpen megfogalmazott - természetjog követelményeivel egybevág, ám az ezzel ütköző részében az állam általi alkotottság és kihirdettség még nem teszi érvényes joggá a jogszabályokat.

Az utóbbi évtizedekben - az emberi jogok alkotmányba vételével és a rendszeres alapjogi bírászkodás kialakulásával - a jognak ezt az etikai érvényességét az alkotmányos alapjogokhoz köti egy hatásos irányzat, amely eredetileg az amerikai Ronald Dworkin jogkonceptiójára alapozódott, de a német jogterületen már általánosabb megalapozással is létezik (l. Dworkin 1977; ill. a német alapjogi jogkonceptióhoz Alexy 1985). Ez a fejlemény a legradikálisabban érinti a jog érvényességét, mert amíg a jog szövegrétegén túl a többi jogréteg behatása e rétegre rendszerint szövegszerű felhatalmazással nincs megfogalmazva egy-egy jogrendszerben, addig az alapjogi kontroll ilyen jelleggel is rendelkezik. Az alapjogi kontroll legerősebb formájában - alkotmányellenessé nyilvánítás után - a jog szövegrétegének adott részét meg is semmisítheti az alkotmánybíróság, kitörölve a hatályos jog köréből is. De ennek alacsonyabb fokozatai is formalizáltan megadják az adott jogszabályszöveg ténylegesen érvényes jogként konkretizálásának irányát. Mint ahogy pl. a németeknél az "alkotmánykonform jogszabály-értelmezés" jogelvvé formálása esetén látható, amely révén bár egy törvény szövegét nem semmisítik meg, de meghatározott értelem tulajdonítását megtiltja az alkotmánybíróság a bíróságok felé, mivel azt az értelmet alkotmányellenesnek találta.

Az alapjogi kontroll közvetítette etikai érvényesség annyiban pontosabb a régebbi természetjogi érvényességnél, hogy egyedi esetekben, konkrét alkotmánybírósági eljárásban és mégiscsak egy - ha absztraktnak is, de alkotmányban rögzített - szövegtől függ a jog többi rétegének meghatározása. Ez azonban visszacsúszhat a mindenkori filozófiai-értelmisségi diskurzus által közvetített diffúzabb szintre, ha az alkotmányos alapjogok közül néhány egészen üres formula (pl. az "egyenlő emberi méltósághoz való jog") mentén kezdi az alkotmánybíróság a jog rétegeit felülbírálni. Erre a német és újabban még fokozottabban a magyar alapjogi bírászkodásban láthatunk jeleket. Az alapjogi kontroll, amelytől a jog érvényessége - és a megsemmisítés esetén egy -egy jogszabály hatályossága is - függ, ekkor ismét kiszámíthatatlanná válik, mint ahogy korábban a puszta természetjogi megfogalmazás esetén, ám azzal a fokozott hatással, hogy most már ennek alapján egy szerv - az alkotmánybíróság - ténylegesen is megsemmisítheti a törvény és más jogszabályok szövegeit.

Dworkin radikális megfogalmazása kiemeli azt is, hogy egy olyan jogrendszerben, amely elismeri az alkotmányos alapjogok kontrollját az egyszerű jog felett, az *állampolgároknak általános jelleggel meg kell adni a joggal szembeni engedetlenségi jogát*. Az alapjogokkal szembenálló joganyag tulajdonképpen nem érvényes jog - ebben a koncepcióban -, így az állampolgárok megtagadhatják az ennek való engedelmisséget. Dworkin ezzel túlmegy a "polgári engedetlenség" legtöbb teoretikusán is, mert ezeknél a jog érvényessége nincs tagadva, és az engedetlen polgárra kiszabott büntetés jogosságát nem vitatják. Épp a büntetés vállalása adja meg az engedetlen polgár számára azt a morális alátámasztást, amely alkalmas a szélesebb tömegek felrázására és annak felismerésére, hogy morálisan kifogásolható jogszabályról van szó, és így ennek megváltoztatását tömegesen követelni kezdjék.

4. Végül a *jog dogmatikai érvényességét* kell még kiemelni az általunk megkísérelt összetettebb érvényesség fogalmának elemzéséhez. Ebben a koncepcióban - a XIX.

századi német "fogalomjogászat" által különösen tisztán kidolgozva - a jog szövegrétegének érvényessége mindig attól válik függővé, hogy mennyiben felel meg ez a mögöttes jogdogmatikai kategóriáknak, jogelveknek. Amennyiben eltér, úgy abban az irányban kell a szöveget értelmezniük a bírának, amelyben a szöveg megfelel a mögöttes jogdogmatikai rendnek. A szöveg tehát ebben a koncepcióban képlékeny, alárendelt - mint ahogy persze más irányokban az etikai vagy a bírói gyakorlat szerinti érvényesség esetén is -, és a jog érvényességének forrásává a jogdogmatikai rend válik.

E koncepció kritikájaként - amellet, hogy a többi jogréteg hatását a jog érvénységére véglegesen tagadja - azt is el lehet mondani, hogy eltúlozza a mögöttes jogdogmatikai rend egységét. A XX. századtól az egyre nagyobb számú egyetemi jogász tevékenysége révén állandóan egy sor alternatív jogdogmatikai modellt dolgoznak ki, melyek között választási lehetőség van, és a politikus jogalkotó épp azáltal tud valami eredetit hozzátenni, eredeti módon is dönteni "törvény-hozásánál", hogy egy-egy párt jogpolitikusai megkeresik az adott párt programjához jobban illő és előzetesen kidolgozott jogdogmatikai modelleket. A törvény szövege így sokszor egy meghatározott jogdogmatikai modell választásán nyugszik - egy sor további lehetséges modell mellett -, és ezért "egy" egységes jogdogmatikai rend feltevésére alapozva szembeszállni a törvény szövegszerű értelmével azt is jelentheti, hogy a törvényhozó által tudatosan választott *más* jogdogmatikai modell létét tagadja a bíró. Önmagában tehát a jogdogmatikai érvényességet is szűkítőnek kell tekinteni a jog összes rétegének egymásra vetülése eredményeképpen létrejövő érvényességhez képest.

### 3.3. A jog érvényességének megkérdőjelezési lehetőségei

A fenti jogelméleti irányú fejtegetések után a többrétegű jog koncepciójából a gyakorlati ügyvédi praxis számára is leszűrhetők hasznosítható meglátások. Az utóbbi években már - különösen, ha nagy a pertárgy értéke vagy más ok ösztönzi a felek ügyvédeit - a hagyományos pernyerési technikák mellett megjelent az alkalmazandó jogszabályi rendelkezés alkotmányossága megkérdőjelezésének stratégiája is a perbeli siker érdekében. Ám ha a jog teljes szerkezetét szemügyre vesszük, akkor a jog érvényességének egy sor további megkérdőjelezési lehetősége is felmerül. Némelyikhez talán nincsenek meg a hatályos jogunkban az eljárási feltételek, másik része elvileg lehetséges, de a hazai joggyakorlatban nem vált szokásossá, mindazonáltal logikailag rendszerezve felsorolhatók és röviden bemutatathatók ezek a következőkben. A hatályos jogba ezek egy része behozható a jövőben, vagy egyszerűen csak a perlési gyakorlatok változásával elterjedhetnek a hazai jogi életben is.

A jog teljes szerkezetét figyelembe véve tehát felmerül a jog érvényességének megkérdőjelezése a jog szövegrétegének szintjén, a jog dogmatikai rétegénél, a bírói gyakorlat szintjén és az alkotmányos szabályok és alapjogok szintjén. E mellett a jog erkölcsi szféra felé való kapcsolódása is felvet egy megkérdőjelezési lehetőséget, továbbá a jogszabály mindennapi gyakorlatokban való elterjedtsége illetve ennek hiánya szintén érvénytelenségi lehetőségeket villanthat fel az ebben érdekelt ügyvéd és ügyfele számára. Mindezeket számba véve a jog érvényességének 11 eltérő szempontú megkérdőjelezése áll rendelkezésre a többrétegű jog koncepciója alapján a jó ügyvéd számára. Nézzük meg röviden ezeket.

#### 3.3.1. A jogi norma szövegrétegének megkérdőjelezése.

Itt három fő megkérdőjelezési út áll rendelkezésre, de a harmadik maga is további három lehetőségre bontható, így összesen öt megkérdőjelezés sorolható itt fel.

**1. A hatáskör alapján való megkérdőjelezés.** Ha eljutott a jogász oda, hogy az alkalmazandó jogszabály esetén biztos pervesztesség várható, első lehetséges elhárítási út az, ha azt kérdi, hogy arra hatáskörrel rendelkező szerv, testület, személy adta-e azt ki? Pl. törvényben kellett volna, de csak kormányrendelet formájában adták ki, vagy miniszteri rendeletet igényelt volna, mivel állampolgárookra és jogi személyekre is jogok és kötelezettségek származtak a szabályból, mégis miniszteri utasításban vagy miniszteri körlevélben adták azt ki. (A jog érvényességének erre a megkérdőjelezésére a hatályos jogunkban lehetőség van az Alkotmánybíróság előtt.)

**2. A jogszabály alkotási eljárásának megsértésén alapuló megkérdőjelezés.** Különösen a magasabb szintű jogforrások esetén alkotmány, törvény vagy más jogszabály rögzíti az adott szinten a jog megalkotásának útját. Pl. a törvényhozás esetében a jogalkotásról és a jogforrásokról szóló törvény ír elő kötelező eljárási elemeket, de ugyanígy az Országgyűlés házszabálya is tartalmaz ilyeneket. (Pl. kötelező egyeztetés a szabályozandó terület érdekképviselői szerveivel.) De ugyanígy elképzelhető, hogy a kormány ügyrendje is tartalmaz ilyen jogalkotási elemeket a kormányrendelet megalkotása vonatkozásában. Így tehát felmerül az alkalmazandó jogszabálynak azon az alapon való megkérdőjelezése, hogy nem tartottak be valamilyen kötelező egyeztetési eljárást, vagy egy parlamenti bizottsági leszavazás után fogadták el - házszabályellenesen - a törvényt, vagy dokumentálhatóan határozatképtelen volt a törvényhozó testület, mégis elfogadták ekkor a vitatott törvényt stb. Ezen a címen bizonyos esetekben a hazai hatályos jogban szintén lehetőség nyílik a jogszabály érvényességének megkérdőjelezésére, és az alkotmánybíróság előtt ez többször meg is történt már az eddigiekben. Ahol van közigazgatási bíróság, ott ez még szélesebben lehetséges, és az alsóbb szintű jogszabályok esetében is egy lehetséges utat jelenthet a per sikerességéhez.

**3. A törvényi jognál magasabb szintű szabályba ütközés címén való megkérdőjelezés lehetőségei.** Az alacsonyabb szintű jogszabály általában sem ütközhet magasabb szintűbe, de a törvényi szintig bezárólag ennek kiszűrésére rendszerint megvannak a mechanizmusok. A törvény feletti szint azonban bizonytalanabb, és itt ebből eredően több lehetőség feltárható a megkérdőjelezésre. Három fontosabb eset álljon itt.

**a. Egy alkotmányi előírásba ütközik** az alkalmazandó jogszabály, így ezen a címen megkérdőjelezhető. Pl. ha az alkotmány taxatív felsorol valamit, és egy törvény egy további esetet állapít meg ezek mellé, akkor annak alkotmányellenessége vethető fel, de ugyanebbe a kategóriába esik, ha egy pontos alkotmányi rendelkezéssel állítható szembe az alkalmazandó jogszabály, amely ennek ellent mond. A hazai jogban erre az alkotmánybíróság útján lehetőség van.

**b. Egy alkotmányos alapjogba ütközik** az alkalmazandó szabály. Ez a megkérdőjelezés az előbbinél jóval szélesebb, mivel az alapjogok elvont és csak irányelveket mutató normák, és így egy sor jogszabály esetén felhívhatók alkotmányellenessé minősítésre. Az alkotmánybírák ítélkezési stílusa - aktivista vagy az alkotmány szövegéhez jobban tapadó alkotmányértelmezése - azonban eltérő fokban teszi lehetővé az egyes országokban az ez alapján való megkérdőjelezést. Jelezni kell, hogy a magyar alkotmánybírási gyakorlat az elmúlt években ezt a megkérdőjelezési utat nagyon széles körben megengedte.

**c. EU-tagállam esetén a hazai jogszabályok EU-jogba ütközésére hivatkozás a**

következő megkérdőjelezési lehetőség. Magyarország ugyan még nem EU-tagállam, de néhány év múlva nagy valószínűséggel az lesz, így ez az út nem csak jogelméleti jelentőségű lehet majd. Az Európai Unió "törvényei" - a Tanács rendeletei, de részben a Bizottság irányelvei is - közvetlenül hatályos jogot jelentenek az EU tagállamokban, és a '60-as évek óta az Európai Bíróság úgy alakította át az Unió joganyagának és a tagállami joganyagoknak a viszonyát, hogy a tagállami bíróságok kötelesek félretolni azt a belső törvényt és más belső jogszabályt, amely szemben áll egy EU-jogi rendelkezéssel. Sőt, a tagállamban praktizáló ügyvéd az ügyvédi felelősség körében kártérítésre kötelezhető utólag, ha elmulasztotta a releváns EU-jogi rendelkezésre felhívni a bíróság figyelmét, és ezért pervesztes lett az általa képviselt fél. Az óriási EU-joganyag operatív ismerete és az egyes esetekben a hazai alkalmazandó jogszabály érvényességének megkérdőjelezése - ütközés esetén - nagy lehetőséget adhat a jövőben a hazai jogászoknak. Még utalni kell arra, hogy míg az előbbi két esetben az ügyvéd csak felhívhatja a bíróságot az alkotmányi elírás vagy alkotmányos alapjog sérelmére az alkalmazandó jogszabályi rendelkezés által, és kérheti az eljárás felfüggesztése mellett az adott rendelkezés alkotmánybíróság előtti megtámadását, itt e harmadik esetben az ügyvéd rögtön a belső szabály félre tolását indítványozhatja.

### 3.3.2. A jogdogmatika szintjén való megkérdőjelezés

Itt két lehetőséget lehet kiemelni a jogérvényesség megkérdőjelezésére.

1. Megkérdőjelezhető az alkalmazandó jogi rendelkezés *eddiggi jogdogmatikai fogalmakba ágyazott értelmezése*, és egy *alternatív fogalmi rendszerbe ágyazást* lehet ajánlani értelmezésre, amely polárisan eltérő ítéletet eredményezhet. Pl. ha a magyar alkotmányi szabályozást a központi állami szervek szintjén az amerikai hatalmi ágak megosztását alapul véve értelmezzük, akkor egészen más törvényi konkretizálások is lehetségesek egy sor közjogi területen, mintha ezzel szemben a hatalommegosztás elvét csak hatáskörmegosztásnak értelmezzük. A magyar alkotmányt az elmúlt években a '89-es váltás óta a közéletben erős véleménycsoportok az amerikai hatalmi ágak megosztása szerint értelmezik - megítélésünk szerint helytelenül -, és ennek alkotmánydogmatika átértelmezése a közfelfogásban egyszerű hatáskör megosztássá radikálisan átalakította - lényegében változatlan alkotmányszöveg mellett - a közjogi törvényeink lehetséges szabályozásait. Nos, tehát mint ez a példa is mutatja, egy-egy jogágon belül a jogszabályok szövege mögötti dogmatikai rend átértelmezéséből egészen eltérő ítéletek hozatalára válik lehetőség. Ezek bonyolultsága persze feltehetően csak a szakjogi területek jogtudósi bevonása mellett teszi lehetővé a pernyerési célzatból ösztönzött jogdogmatikai megkérdőjelezéseket és új jogdogmatikai rendbe illesztéseket, de a rendszeres szakértői megbízások formájában - legalábbis nagy fontosságú perek esetén - ez a jogtudósi bevonás szélesebb gyakorlattá válhat a jövőben.

2. Megkérdőjelezhető az alkalmazandó jogi rendelkezés mögöttes jogdogmatikai beágyazottsága úgy is, hogy az *egész jogfogalmi beágyazás félretételét* kísérli meg a perben érdekelt jogászcsapat, és az érdekkutató jogászat érveivel igyekszik felváltani az eddigi jogfogalmi kereteket. Vagy fordítva, ha éppen ez adja egy jogterületen a mögöttes fogalmi keretet, akkor ezt félretolva, a klasszikus jogfogalmi érvekre igyekszik a jogász telepíteni az alkalmazandó jogi passzus értelmét.

### 3.3.3. A jogi norma szociológiai érvényességének megkérdőjelezései

Itt szintén három lehetőséget látunk megvalósíthatónak. Az első két esetben az alkalmazandó jogi rendelkezés gyakorlat általi derogációjára hivatkozva lehet állítani az érvénytelenséget, a harmadik esetben éppen fordítva, egy nem régen bevezetett jogszabály gyakorlat általi nem követettségét, "még nem élő" voltát hozzuk fel érvénytelensége indokaként.

1. *"Derogáció I."* név alatt álljon itt az az eset, amikor arra alapozzuk az adott jogi rendelkezés érvényességének megkérdőjelezését, hogy huzamosabb ideje a társadalom nagy - egyre nagyobb - része már nem követi azt, sőt, éppen ellenkező magatartások jellemzők az adott helyzetben. Ez a hagyományos szokásjogi derogáció "törvénylerontás" esete, és ha erre hatályos jogi előírás nincs is, ténylegesen nagyon is figyelembe veszik a jogalkalmazó szervek a kontinentális európai jogrendszerekben.

2. *"Derogáció II."* alatt az a megkérdőjelezés helyezhető el, amikor nem annyira a tényleges követés csökkenésére alapozunk - még elég sokan követik az adott normát -, hanem arra, hogy a nem követés esetén a szankcionálás szűnt nagymértékben, tehát csak a jogi szankcionálás derogációja következett be. Ez persze huzamosabb idő után - ha valamilyen jogon túli érdek nem támogatja a norma továbbélését - a norma követését magát is teljesen ki fogja oltani, de ezzel a disztinkcióval már a jogi szankcionálás derogációja lehetővé teszi a jogi érvénytelenségre hivatkozást.

3. *A még nem élő jogi norma érvényességének megkérdőjelezése* vagy legalábbis enyhébb következményekkel történő alkalmazásának kérése bevett érv egy sor új jogi kötelezettség megsértése esetén a szankcionáláskor, úgyhogy ez élő gyakorlatnak tekinthető ma is. A "jog nem tudása nem mentesít", de az új jogi normák élővé, azaz követett gyakorlattá válásának első szakaszában sokszor nagy engedményeket tesznek a megsértésük esetén a szankciók kiszabásánál, ezért ez bevonható az érvényesség szociológiai megkérdőjelezéseinek érvei közé.

### 3.3.4. A jog etikai megkérdőjelezése

Végül utolsó lehetőségként felmerül az alkalmazandó szabály érvényességének megkérdőjelezésére *a szabály etikai normákkal való ütközésére hivatkozás*. Valamikor, a természetjogi doktrínák uralmának korszakaiban ez volt az egyik legfontosabb érvénytelenségre hivatkozás, (például a II. Világháború után a nemzetiszocialista Németország jogának engedelmeskedők utólagos felelősségre vonásának ez volt az alapja), de az alkotmánybíráskodással felerősített alkotmányos elvek és alapjogok ideje óta ez a különálló etikai megkérdőjelezés már háttérbe szorult. Azt is mondani lehet, hogy ez már "abszorbeálódott" az etikai színezettségű alapjogokon keresztüli megkérdőjelezések közé. Ennek ellenére nem kizárt egy ezeken túlmenő, tisztán "etikai elvetemültségre" hivatkozás egy alkalmazandó jogszabály esetén. Erre egy példát a német alkotmánybíróság adott, amikor egy háború előtti korszakból származó, nyíltan antiszemita törvény következményeként beállt örökségtől elesés ügyében kellett döntenie az 1950-es években, és minden alkotmányos alapjogi hivatkozás nélkül a kérdéses jogszabály "nagyfokú és nyilvánvalóan erkölcsi normákba ütköző" mivolta miatt mondta ki azt érvénytelennek.

\*\*\*\*\*

Összegezve tehát látható, hogy alaposabb körbenézéssel, ha nem is egy átlagos

rutinper jogi munkája során, de nagyobb fontosságú perekben - és nagyobb jogász stáb együttműködésére alapozva - egy sor jogelméleti lehetőség létezik az alkalmazandó jogi rendelkezés érvénytelenségének megkérdőjelezésére, és ezen az úton a per megnyerésére. Rudolf von Jhering, a múlt századi nagy német jogtudós egyik központi gondolata volt "a küzdelem a jogért!" Mert a jog ugyan adott, de az ügyvéd és a többi jogász sokat tehet a jog meghatározott irányú alakításáért - pl. új alkotását kiharcolva! -, és a hatályos jogi szövegek új irányokba történő értelmezéséért illetve ilyen irányú alkalmazási gyakorlatának kialakításáért. Ha ebben kisebb szerep is juthat a magányos ügyvédi praxis rutinjához kötött jogászoknak, a nagyobb ügyvédi irodák a belső munkamegosztással és a komplexebb ügyek vállalásával a "küzdelem a jogért!" mozgalom élharcosai lehetnek.

## **V. fejezet**

### **A bírói precedensjog rétege**

A jogászságon belül és az általános köztudatban elterjedt vélekedés szerint a bírói precedensjog az angolszász jogrendszerek sajátja, és a kontinentális Európában a múlt századtól kezdve teljes mértékben megvalósult a kodifikált törvényjog és az ezt kiegészítő más írott jogszabályok uralma. Az utóbbi években lefolytatott empirikus vizsgálatok azonban azt mutatják, hogy ilyen mereven ma már nem lehet állítani az angolszász jogrendszerek és a kontinentális jogrendszerek között az ellentétet a jog forrásai és hordozói szempontjából. A 70-es és a 80-as években megjelent jelzések után az 1990-es évek első felében a "Bielefeldi Kör"-nek nevezett jogtudóscsoport egy rendszeres kutatást folytatott le egy sor európai országban és az Egyesült Államokban a bírói precedensek szerepét illetően (lásd MacCormick/Summers 1997). Ezek a kutatások megmutatták, hogy az elmúlt húsz-harminc évben egyre növekvő szerepet kaptak a legtöbb országban a felsőbbbírósági precedensek, ezen belül is elsősorban a legfelső bírói fórum precedensei. Másik oldalról pedig az angol jogon belül is egyre inkább az írott jog, a "statute law" válik elsődleges szabályozóvá, és a precedensek a korábbi "elsődlegesen szabályozó jog" szerepükből inkább a statute-ok értelmező precedenseivé válnak. (Az Egyesült Államokban már korábban ez volt a jellemző.)

A kétoldalú közeledés e jogcsaládok között - hogy René David bevett kifejezését használjuk - azonban egy sor lényegi eltérést továbbra sem szüntet meg, és még a precedensek természete terén is alapvető eltérések mutathatók ki az újonnan precedens-baráttá vált jogrendszerek és az angolszász common law jogrendszerek között. A felmerülő kérdések jobb megértése kedvéért a dolgozat két részre bontva tárgyalja a témát, és az első részben a bírói precedensjog általános kérdéseit veszi szemügyre, a második részben a magyar jogrendszer szempontjából kerülnek elemzésre a bírói jog kérdései.

#### **1. A bírói precedensjog általános kérdései**

A témát alapvetően három dimenzióra bontva közelítjük meg. Először is külön kell választani az értelmező precedensek típusát az elsődlegesen szabályozó precedensektől; másodszer meg kell nézni, hogy mi az, ami kötelező a precedensben,



és ennek milyen verziói alakultak ki az eddigi precedenskövetési gyakorlatban? Végül pedig a precedensek kötelező erejének fokozatait kell elemezni, és ekkor a különböző európai országok jogrendszere közötti különbséget is jól fel tudjuk tárni a precedensjog szempontjából. E dimenziók tárgyalása után a precedensjog kontinentális jogrendszerekben megfigyelhető közös sajátosságait vázoljuk, melyek továbbra is eltérítik ezeket a jogrendszereket az angol-amerikai precedensjogoktól.

### 1.1. Értelmező precedens és szabályozó precedens

Az angol és az amerikai jogban a legfontosabb eltérést a kontinentális jogszerkezettől mindig is az jelentette, hogy ott - noha bizonyos jogi területeken törvényszintű szabályozások is voltak - egy sor jogintézményt elsődlegesen is a bírói precedensek alakítottak ki, és törvényi szabályozás ezekre nem található. Ezek mellett léteznek az értelmező precedensek az angolszász jogrendszerekben is, melyek egy-egy törvényi rendelkezés pontosabb értelmét megadják, és későbbiekben az adott törvényhelyet e precedensek fényében alkalmazzák a bírák. Noha jelezni kell, hogy az angol törvényi rendelkezések eleve részletezőbbek és konkrétabb szinten megfogalmazottak, mint a kontinentális jogrendszerek törvénykódexeinek joganyaga.

Igazán nagy szerepet azonban a kontinentális országok jogrendszereiben kaptak az elmúlt évtizedekben az értelmező precedensek. Azt kell mondani, hogy itt *a precedensjog szerepének növekedése tulajdonképpen az értelmező precedensek tömegének bővülését jelenti, és nem az elsődlegesen szabályozó precedensek megjelenését.* Egy-egy absztrakt törvényhelyet - elvont jogfogalmait, átfogó nyelvhasználatának pontos jelentéseit - a felmerülő esetek százainak tényanyagában a bírói értelmező precedensek sokasága ír körbe a mindenkori saját konkrét ügy ítéletének indokolása mellett a későbbi ítélkező bírák számára is.

Így tehát látható, hogy a precedensjog szerepének növekedése - a precedensek két típusának elkülönítése segítségével - nem egyszerűen a kontinentális jogrendszerek common law-hoz közeledését jelenti. Az legalább ilyen mértékben közeledik maga is a kontinentális jog írott jogához, és a fő indok erre az, hogy a komplex társadalmi viszonyok korában a szétágazó szakismeretek érvényesítése a jogi norma kialakításánál egyre nehezebb a bírói döntéshozatal szintjén, és ezt csak az állami jogalkotó apparátus tudja koordinálni. Ám az így fokozottabb mértékben a törvényi jogként megjelenő jogi rendelkezéseket a bírák értelmező precedensekkel hozzák közelebb a jog belső világához. A kétirányú közeledést helyesen úgy lehet kifejezni, hogy *a jog markánsabban két rétegre bomlása megy végbe mind Angliában - a precedensek fölött az írott jog kibomlásával, és ezzel a precedensek értelmező szerepbe kényszerítésével - mind a kontinentális európai országokban, ahol az írott törvények mellett nyilvánosan is mind láthatóbban előbukkannak a törvényértelmező bírói precedensek.*

### 1.2. Mi a kötelező a precedensben?

E kérdésre a választ először az angol-amerikai common law rendszerekben kell megnézni, mert mégiscsak itt tekint vissza a legrégebbi múltra a precedensjog gyakorlata, és az elméleti reflexiók is itt irányultak a legrészletesebben a precedensek jelenségére. Történetileg három felfogást lehet elkülöníteni az arra adott válaszok

között, hogy mit kell figyelembe vennie a precedenst követő bírónak ítélete meghozatala során (lásd Marshall 1997:510-515; magyar nyelven e kérdés vizsgálatához lásd Badó 1992). Az angol jogfejlődésben a XVIII. század végéig csak annyi rögzült, hogy a bírónak ítéletében a korábbi, hasonló ügyben hozott bírói ítéletet kell alapul vennie, és ez alapján kell eldöntenie az elétárt jogi vitát. Ez a "stare decisis", azaz a "régi döntés"-elvé azonban e korszakig az egész korábbi bírói döntést mint precedenst fogta fel, és nem vetették még fel szigorúbban azt a kérdést, hogy az esetet eldöntő precedensben valami pontosabb szabályt kellene kötelező erejűnek tekinteni. A teljes precedenshez kötött bírák így lazább döntési támpontokon szabadabban dönthettek későbbi ítéleteikben. Egyrészt a korábbi precedensek publikálásának kialakuló egységes rendszere, másrészt a XVIII. század végi kritikák felerősödése a bírói önkény ellen, egyre inkább a bírák pontosabb precedenskööttségét hozták létre. (Jeremy Bentham a "Judge and Co" gúnynévvel illetve az írott joggal szembenálló bírói hatalmat (lásd Peczenik 1997:461)). Ennek folyamán *lassanként kialakult az a felfogás, hogy a precedensen belül a "döntés rációja", a "ratio decidendi" az, ami köti a bírót.* A fokozatos fejlődésre jellemző, hogy 1762-ben lehet találni az első jelzést arra, hogy a precedensen belül valami "döntési mag" az igazán kötelező, de a "ratio decidendi" kifejezést először csak John Austin használta az 1830-as években.

Az elmúlt másfél évszázadban számtalan megközelítés jött létre a "ratio decidendi" fogalmi körülírására, de az elméleti viták ellenére szilárdan uralta az angol-amerikai joggyakorlatot a precedenskööttségnek ez a felfogása. A viták többek között azon folynak, hogy inkább szubjektívan, a precedenst hozó bíró (döntésében kifejezésre jutó) véleményei a mérvadóak, vagy inkább objektívan, a precedensben kifejezésre jutó jogi szabályra kell figyelniük a későbbi bírónak. Egy másik vita azon folyt hosszú ideig, hogy inkább a "deklarációs elmélet" adja-e a precedensek kötelezőségének alapját, vagy inkább a "konstituáló elmélet"? A XVIII. század végéig a "deklarációs elmélet" alapján fogták fel a precedenseket, és a természetjog alapján úgy vélték, hogy a bíró csak deklarálja döntésében a már természetjogilag létező jogszabályt. A természetjog eszméjének lehanyatlása után az 1800-as évektől egyre inkább a bírói precedensek ténylegesen is jogot alkotó jellegét fogadták el, és ez az eltolódás is a precedensen belüli pontosabb szabály, a döntési ráció lokalizálása felé hatott.

A harmadik válasz a precedens kötelezőségének kérdésére az utóbbi évtizedekben kezd lábra kapni az angol-amerikai jogi közvéleményben, és ez nem a precedens pontos szabályára, döntési rációjára helyezi a hangsúlyt, hanem a precedens által kifejezésre juttatott *mögöttes jogelvre*. Ez a fejlemény első sorban Ronald Dworkin elméletének hatását jelenti, és az így átalakuló precedens-felfogás különösen jól adja vissza a kontinentális jogrendszerekben megjelenő precedensjog működését.

A kontinentális európai jogrendszerek felé fordulva tehát már jól hasznosíthatók a precedenskööttségre adott három válasz eltérései, mert itt a különböző jogrendszerek is más-más vonásokkal fejlesztették ki precedensjoguk működését. (Noha mint látni fogjuk, az angol-amerikai common law-hoz képest közös sajátosságokat is lehet találni az itteni országok precedensjogai között.) A fő különbséget abban lehet megragadni a precedensjogot illetően a kontinentális jogrendszerek között, hogy a precedensteremtésben természetszerűleg központi szerepet játszó legfelső bírói fórumukat (fórumaikat) kiemelték-e a fellebbezési rendszerből, és ez csak saját döntésétől függően - precedensteremtő szándékkal - von-e maga elé ügyeket, vagy bennmaradt-e ez a fórum a fellebbezési eljárások mindennapi menetében? Amennyiben az első eset valósul meg, akkor az esetek között szelektálva és csak a jogilag jelentős kérdéseket felvető eseteket maga elé vonva, évente néhány száz precedenst teremt a legfelső bírói fórum, ezeket a jogi kérdések kidolgozása

szempontjából alaposan körbejárva és így kidolgozva jelenteti meg hivatalos közlönyökben. Amennyiben az utóbbi helyzetről van szó, ahol nincs joga szelektálni a fellebbezésre elé tárt ügyek között, akkor évente a döntések ezreit, tízezreit hozzák a legfelső fórum bírái, ugyanolyan esetek tucatjait megismételve hetente, és az óriási döntési teher egyrészt nem engedi meg a jogi kérdések elmélyült körbejárását, másrészt kaotikus döntési tömeget zúdít az alsóbíróságok felé. Az utóbbira példa lehet az olasz legfelső bírói fórum, a Corte di Cassazione precedens-anyaga, évente 25-30 ezer döntéssel, amit csak 400 bíróval az ítélőtanácsok sokaságában elkülönítve tud létrehozni ez a szerv. Ilyen nagy bírói állomány - és sok ítélőtanács - tagjai között eleve nehéz a döntési szempontok egységét megvalósítani, és ez csökkenti precedenseik iránymutató képességét az alsóbíróságok felé. Az olaszok azt a technikát választották a legfelső bírói precedensek publikálására, hogy ugyan az összes - évente több tízezer - ilyen precedenst megjelentetik hivatalos kiadványokban, ám ezek csak a lényegi kivonatok, a "massimák" publikálását jelentik (Taruffo/LaTorre 1997:156). Ezeket a "massimákat" a Corte di Cassazione egy külön hivatala készíti, kivonatolva nyolc-tíz sorban az ítéletekben tett jogi megállapításokat, és az alsóbb bíróságok számára már csak ezek lesznek elérhetők, és csak ezek adják a döntési támpontokat.

Ennek a precedensteremtő technikának alapvetően eltérő hatása van, mint az angolszász precedensekének. Ugyanis így eltűnik az a tényállásleírás, amire szabták az eset ítéletének jogi megállapításait, és a "maximák" általánosabb megfogalmazásban - a tények által nem konkretizáltak - jelennek meg. Mivel azonban az évi több tízezer eset "maximái" más-más konkrétumokban születtek, de mindig utólag általánosabb szintre emelve jelennek meg, az utóbbi általánosabb szinten *egymással szembenálló* maximákat találhatnak az alsóbíróságok bírái ugyanarra az esetre. Ha meglennének a konkrét tények, akkor az eltéréseket "megkülönböztetéssel" észlelhetnék a bírák, ám tények hiányában csak az általánosabb szinten ellentmondó jogi álláspontok láthatók a maximákban.

Bizonyos szelekció már lehetséges a németeknél, igaz itt öt eltérő bírói hierarchiára bontották szét önálló legfelső bírói fórumokkal a bírói szervezetrendszer, és így az egyes szektoron (általános, munkaügyi, pénzügyi, gazdasági, közigazgatási) belül a szektor legfelső bírói precedenseinek hatása jobban érvényesül szelekció nélkül is (Alexy/Dreier 1997:34).

Legnagyobb változás a skandináv jogrendszerekben jött létre a precedensjog területén. Svédországban 1971-ben szűkítették le a legfelső bírói fórum fellebbezésekben játszott szerepét rendkívüli perorvoslatra, és azóta ő maga dönti el, hogy - amennyiben átfogó jogi jelentőségűnek látja az ügyet - foglalkozzon vele, és döntést hozzon róla (Bergholtz/Peczenik 1997:298). A svéd példa nyomán a finnek 1980-tól tértek át az ügyek közötti szelektálás lehetőségére, kifejezetten hangsúlyozva, hogy ezzel a legfelső bírói fórum precedensjog teremtő képességének fokozását kívánják elérni (Aarnio 1997:72). Ugyanezt, ugyanilyen cézzal a norvégok 1995-re tették meg. Ezzel a változtatással a több ezret meghaladó döntési teher helyett néhány százra csökkent a legfelső bírói fórum évi döntéseinek száma, és ezeket hivatalosan meg is jelentetik.

A skandináv országok precedensjogának működése már közelít az angolszász common law precedenseihez, de itt is jellemző, hogy a teljes tényanyagot csak rövidített formáját publikálják. Másrészt kevésbé a precedensek lokalizált "döntési rációján", a "ratio decedendi"-n orientálódnak a későbbi bírák, hanem lazább szinten az egész korábbi precedensen. Ezt általában is el lehet mondani a kontinentális jogrendszerek többségében, ahol a precedenskövetés gyakorisága növekedett az elmúlt évtizedekben.

### 1.3. A precedenskövetés kötelező jellegének fokozatai

A jogász közvéleményben van egy elterjedt felfogás, amely - szembeállítva a felsőbbbíróági precedensek követésének hivatalos kényszerével az angolszász jogrendszerekben - a kontinentális jogrendszerekben a precedenskövetés *de facto kötelező jellegét* hangoztatja. Egy kicsit is közelebbről szemügyre véve a *de jure/de facto* különbségtevést azonban azt láthatjuk, hogy ez a normatív kötelező/ténylegesen kötelező szembeállítást jelentené tartalmilag, és a "ténylegesen kötelező", *de* normatíván nem, fogalmi ellentmondást jelent. Ugyanis, ami kötelező, épp az a normatív. Igazán tehát csak arról van szó, hogy a normatív kényszer a precedenskövetésre eltérő fokozatú az angolszász jogrendszerekben és a kontinentális jogrendszerekben (Bankowski/MacCormick 1997:487).

Így átalakítva a szembeállított duált a kényszerítő erő egyetlen skálájává, úgy tűnik, megfelelőbb, ha ezt négy fokozatra osztjuk fel: 1. Legerősebb a precedenskövetési kényszer, ha ez *formálisan is kötelező*, és ennek elmulasztása az alsóbb bíróság ítéletének - jogsértés miatt - hatályon kívül helyezéséhez vezethet. (Ez a common law jogrendszerek sajátja első sorban.) 2. *Egyszerű normatív ereje* van a precedenseknek, ha a vonatkozó precedens követésének elmulasztása csak egy ok lehet az ítélet fellebbezési eljárás folyamán történő megváltoztatására, de ez önmagában nem kötelező. 3. Harmadik fokozatban csak az *alátámasztó érv jelentőségével bír* a precedens megidézése, ahol egy további érvként csak fokozza a bíró jogi álláspontjának megalapozottságát, de ennek elmulasztása érdemben nem érinti a meghozott ítélet sorsát a fellebbezési eljárás során. 4. Végül a leggyengébb a precedensek ereje, ha csak *illusztrációként hivatkozzák meg* ezeket a bíróság jogi álláspontjának jobb megértése érdekében.

A kontinentális jogrendszerekben főszabályként a három utóbbi fokozat szintjén figyelhető meg a precedenskövetés kötelező jellege. Csak kitekintésképpen kell említeni, hogy egész Európában Franciaország tűnik az egyetlen kivételnek a precedensekre hivatkozás terén, ugyanis itt ma is tilos hivatkozni a korábbi bírói ítéletekre. Ám mint korábban már láthattuk, a bírói döntéshozatal sajátos megkettődözése a franciáknál és a nyilvános, szillogisztikus bírói ítélet mögött egy zárt-bizalmas bírói kommunikációs szféra léte itt is szerepet ad a bírói precedensjognak. Ebben a zárt-bizalmas bírói kommunikációs szférában a törvényi rendelkezések által hagyott széles mérlegelési keret betöltésénél a legfelsőbb bírói fórumok vonatkozó döntéseinek támpontjait is mindig figyelembe veszik, és hivatkoznak rájuk (lásd Lasser 1995).

A többi kontinentális jogrendszerben az erősebb fokozathoz a precedenskövetés kötelező jellege szempontjából a skandináv országok, és némileg kevésbé Németország tartozik. Itt az alsóbb bíróságok számára tanácsos, hogy idézzék és kövessék a releváns legfelső bírói precedenseket, és ha eltérnek ettől, akkor ezt alaposan megindokolva tegyék. A legfelső bírói fórumon belüli ítélkező tanácsok számára pedig ezekben az országokban formailag is kötelező, hogy ha el kívánnak térni a hasonló ügyekben korábban kialakult precedenstől, akkor ezt jelezniük kell, és ilyen esetekben csak különböző speciális eljáró tanácsok dönthetnek, vagy maga a legfelső bírói fórum összes bírának plenáris ülése (Summers/Eng 1997:531-551).

Enyhébb a precedensek követésének kényszere a dél-európai országokban (Olaszországban, Spanyolországban) és Lengyelországban. Itt inkább csak alátámasztó érvet jelent a releváns felsőbbbíróági precedens megidézése, és ezek

gyakorisága ugyan növekvő tendenciát mutat, de elmaradásuk nem jelent önmagában okot az ítélet megváltoztatására a fellebbviteli eljárás folyamán.

#### 1.4. A kontinentális precedensjog közös sajátosságai

Az angol jogrendszerben megfigyelhető precedensjogtól - az utóbbi évtizedekben megfigyelhető közeledés ellenére - sok szempontból eltér a kontinentális jogrendszerek precedensjogának működése. A legfontosabb eltérések a következőkben foglalhatók össze.

**1. A jogdogmatikai feldolgozás szerepe.** Ahogy a kontinentális jogrendszerekben a törvények kialakítása és alkalmazása is jogdogmatikai fogalmi rendszerezésen nyugszik, úgy a precedensek hatásába is belefonódik itt a jogtudósok tevékenysége. A felsőbbbíróági ítéletek folyamatos kommentálása, egy-egy kulcsfontosságú ítélet kiemelése és tanulmány szintű feldolgozása döntő fontosságú abban a kérdésben, hogy mely precedensek hatnak majd szélesebb körben, melyek halnak majd el későbbiekben. A jogdogmatika és a jogtudósok "puffer-szerepe" éppúgy megfigyelhető a korábbi bírói döntések és a későbbi bírói döntések között, mint a politikai jogalkotók és a törvényeket alkalmazó bírák között. Mind a német, az olasz, a spanyol és a lengyel empirikus vizsgálat alátámasztotta a jogdogmatikai feldolgozáson alapuló precedensjog létét (lásd Alexy/Dreier 1997:19; Taruffo/La Torre 1997:196; Miguel/Laporta 1997:267; Morawski/Zirk-Sadowski 1997:234). A francia jogi életben pedig különösen fontos a jogdogmatikának ez a közvetítő szerepe. Itt ugyan, mint látható volt, nem idéznek precedenseket a bírák - törvényileg ez tilos számukra -, de ténylegesen a francia joggyakorlatban is fontos szerepet játszanak a legfelső bírói fórum döntéseinek jogi iránymutatásai. Az ítéletek azonban itt olyan röviden és tömören megfogalmazottak, hogy önmagukban egyszerűen alkalmatlanok a későbbi ítélkezés egységesítésére és a törvényhelyek egységes értelmezésének biztosítására (lásd Kötz 1973;1988 ill. Tropper/Grzegorzcyk 1997:123). *A tömör ítéleti indokolásokból a jogtudósok fejtik ki kommentáló tanulmányokban a precedensek jogi álláspontjait és közöttük a jogi összefüggéseket, és az alsóbb bíróságok, illetve az egész jogászság számára ezek a jogdogmatikai kommentárok jelenítik meg a Kasszációs Bíróság aktuális törvényértelmezését.* A kifejtés mellett a jogtudósi szelekció is fontos itt, mivel e bírói fórum maga nem szelektálhat a fellebbezésre elé tárt ügyek között, és évente kb. 25 ezer ítéletet hoznak tanácsai.

**2. Rövidített tényállásokkal publikált precedensek.** A teljes bírói ítéletek publikálása egyetlen kontinentális jogrendszerben sem bevett, helyett csak rövidített tényállásokkal jelentetik meg a legfelső bírák egy-egy ítéletben tett jogi álláspontjaikat. Ennek a gyakorlatnak a csúcsa az olasz megoldás, ahol egyáltalán nem jelentetik meg a tényállás tényeit, és csak a jogi okfejtés kivonatát adják közre. Ráadásul nem is az ítélkező bírák teszik ezt, hanem egy külön olyan hivatal, amelynek tagjai nem is vettek részt az ítélkezésben, így átlátásuk az ügyről csak közvetett. A legtöbb kontinentális országban néhány sorban a publikált bírói döntések bevezetőjében vastagon szedve külön kiemelik a jogi megállapításokat, úgy ahogy a hazai Bíróági Határozatokban teszik. Ennek révén és a kontinentális-római jogi kultúra hatására a precedenskövetés inkább absztrakt szabálykövetésként jelenik itt meg, és kevésbé a tények mély és részletes árnyalására alapított jogi álláspontok követéseként.

**3. Bírói gyakorlat követése egyedi precedens helyett.** Az angol common law jogrendszerben a részletes tényállásokhoz kötött precedensek rendszerint úgy fejtik ki hatásukat, hogy egy-egy új jogi kérdésben hozott döntést további ítéletek árnyalnak, újabb és újabb aspektusokat kiemelve, kivételeket megállapítva, illetve tovább tagolva az új jogi kérdésben kifejtett álláspontot, végül mint egy vezető precedens ("leading case") és körülötte levő egyedi precedensek halmaza szabályozzák mély részletességgel az élet adott szeletét. Ezzel szemben a kontinentális jogban nem történik meg a "körbe tapogatózó" precedensek külön tartása és így továbbélésük, hanem inkább *egy diffúzabb bírói gyakorlatba beleszövődve, létüket mintegy annak átadva elhalnak és inkább csak a bírói gyakorlat él tovább*. Ebbe az irányba tolja a precedensek működését egyrészt az, hogy a fogalmibb jellegű kontinentális jogi kultúra egyszerűen képtelen arra az eset közeli kazuisztikára, ami megszokott az angol jogi kultúrában. De a jogtudósi-jogdogmatikai feldolgozások is absztraktabb szintre tolják fel a jogi kérdések rögzítését a kontinentális országokban, és jobban egy lazább bírói gyakorlathoz, mintsem egy precedenshez teszik köthetővé az adott jogi álláspontot.

**4. Az alkotmánybíróságok törvényértelmező döntéseinek megjelenése.** Az angol jogban a felsőbírósági precedensek törvényértelmezése mindig esethez kötött, és mint látható volt, ez a legrészletesebb tényállásokhoz kötött precedensjogot hozza létre. Több kontinentális jogrendszerben belépett a törvények értelmezésébe az alkotmánybíróság is, és ahol ez az alkotmánybírósági hatáskör létezik, ott ez egyben a legfelső törvényértelmezői fórumot jelenti a bíróságok között. Ez a helyzet Franciaországban, Lengyelországban és Németországban is. Ez azt jelenti, hogy az alkotmánybírák nem csak az alkotmányt értelmezik, hanem törvényértelmezés iránti kérést is eléjük lehet tárni, és az alkotmányos elveket, illetve az alapjogokat szem előtt tartva értelmezik a kérdéses törvényhelyeket. Például a lengyel Alkotmánybíróság, amelynek a törvények alkotmányos kontrolljában jóval szűkebb a hatásköre, mint a mi alkotmányőreink jogosítványai, 1993-ban 14 esetben végzett el törvényértelmezést, és ezt kötelező figyelembe venni a lengyel legfelső bírói fórum bírónak is (Morawski/Zirk-Sadowski 1997:232).

\*\*\*\*\*

A bírói precedensjog tehát nyíltabban megjelenik az utóbbi évtizedekben a kontinentális jogrendszerekben, mint az korábban látható volt, de a jog értelmi összefüggéseinek több rétegre bomlása - szemben az angol jog egyetlen jogi rétegben kibomlott értelmi összefüggéseivel - ma is eltéríti a kontinentális jogrendszereket a common law rendszerétől. A törvényi jog, az értelmező precedensjog és a jogdogmatika jogrétegei együtt tartalmazzák e jogrendszerek teljes értelmét. A bírói precedensjog nyílt megjelenése csak könnyebben észlelhetővé teszi a jogrendszer többretegű működését.

## 2. A magyar bírói precedensjog

A jogértelmezés fő útjait elemezve a hazai jogalkalmazási folyamatokban látható volt, hogy az 1970-es évektől napjainkig lényeges változások következtek be a bírói döntések korábbi bírói ítéletekre és bírói gyakorlatra alapozása terén. A polgári jogi ügyekben akkor szinte alig volt található korábbi felsőbírósági eseti döntésre vagy bírói gyakorlatra hivatkozás, a büntető ügyekben viszonylag kis számban már igen, de

az elmúlt évtizedekben nagymértékben tovább emelkedett az ilyen hivatkozások száma a büntetőjogi bírói ítéletekben, és a polgári ügyeket eldöntő bírói ítéletekben is komoly mértékben megjelentek ezek. (A Legfelsőbb Bíróság elvi döntéseire, irányelveire és kollégiumi állásfoglalásaira alapozó ítéleteket különválasztottuk az elemzésben, és nem tekintettük a bírói precedensjog körébe tartozónak, mivel ezek rendelkeznek az absztrakt normák minden jellemzőjével, és alkotásuk is az eseti döntéseken kívüli mechanizmusokban történt. Elkülönítve az ezekre hivatkozás gyakoriságának változásaira lásd az előző részekben írtakat.)

Ez a súlynövekedés indokolja, hogy közelebbről is szemügyre vegyük a magyar jogban a bírói precedensjog jelenlétét és működésének jellemző vonásait. Ebből a célból a '90-es évek polgári és büntető anyagi jogi jellegű, Bírósági Határozatok-ban megjelent felsőbírósági eseti döntéseit vettük alapul, és ezek elemzésén nyugszanak a következőkben található megállapítások. A Bírósági Határozatok c. folyóiratot 1991-től néztük át 1999 nyaráig, és összesen 145 büntető anyagi jogi és 94 polgári jogi BH-t találtunk, melyekben korábbi BH-ra vagy bírói gyakorlatra vagy mindkettőre történő hivatkozás adta az ítélet jogi álláspontjához a döntési alapot.

## 2.1. A bírói jog súlya

A '70-es évektől jelzett változások a korábbi felsőbírósági precedensekre és bírói gyakorlatra hivatkozás terén általános jelleggel mutatták az eltérést e tekintetben a büntető és a polgári jogi ítéletek között, és azt is, hogy ez az eltérés a precedensekre alapozó ítéletek gyakoriságának magasabb fokán is, kisebb mértékben ugyan, de fennmaradt napjainkban is. A precedensekre és a bírói gyakorlatra alapozó ítéletek aránya azonban ma komoly súlyt tölt be mindkét jogterületen, vagyis a jogot egyre kevésbé csak a törvények és más jogszabályok szövege "hordozza", hanem fokozott mértékben a BH-k anyaga is felcsatlakozik ehhez. E súly eltéréseit és ennek szűkülését jobban látjuk, ha 1991-től évenkénti bontásban nézzük meg napjainkig a hivatkozások gyakoriságának alakulását abszolút számokban: 1991-ben 3 esetben polgári ügyekben, 16 esetben büntető ügyekben találtunk hivatkozást korábbi releváns BH-ra vagy a bírói gyakorlatra; 1992-ben ez a szám 8 volt polgári ügyekben és 21 volt büntető ügyekben; 1993-ban 5, illetve 18 volt ez a szám; 1994-ben 10, illetve 16 ilyen hivatkozás volt; 1995-ben 12, illetve 15, 1996-ban 10, illetve 20, 1997-ben 16, illetve 17 ez a szám, 1998-ban 21, illetve 17 volt a hivatkozások száma, de látni kell, hogy a 21 precedensre hivatkozás a polgári ügyekben 104 polgári ügyre esett, míg a 17 büntető precedensre hivatkozás mögött csak 62 büntető BH-t tudtunk elemezni, mivel csak ennyi jelent meg ebben az évben. Vagyis a büntető ügyek precedensre hivatkozásának gyakorisága még mindig megelőzi a polgári ügyekét. Végül 1999 első félévében 9 esetben polgári ügyben és 10 esetben büntető ügyben találtunk bírói jogra hivatkozást.

## 2.2. A bírói precedens és a bírói gyakorlat kötelező jellege

Alkotmányjogilag rögzítve, formálisan is kötelező erővel a korábbi felsőbírósági precedensek csak az angolszász jogrendszerekben bírnak. Itt a "stare decisis", a "régí döntés" jogforrási elve adja meg formálisan a jog egyik forrásaként az eseti bírói ítéletet. A kontinentális jogrendszerekben ilyen szinten nincs rögzítve a precedensek kötelező ereje, de mint a tanulmány első részében látható volt, nem formális

rögzítettséggel azért - különböző mértékben - létezik ez a kötelező erő.

Az egyik kérdés, amit a hazai jogrendszer vonatkozásában is meg kell nézni, az *egyes eseti döntések és a bírói gyakorlat viszonyára vonatkozik a kötelező erő szempontjából*. Mennyiben bír önmagában kötelező erővel egy releváns felsőbbbíróági döntés, mennyiben egy önmagában meghivatkozott bírói gyakorlat? Mint azt az európai kontinentális országok összehasonlító elemzése mutatta, szemben az angolszász jogrendszerekkel itt általában az a jellemző, hogy önmagában rendszerint nem bír kötelező erővel egy-egy releváns felsőbbbíróági precedens, hanem csak akkor, ha szélesebb bírói gyakorlat alakul ki sok, hasonló irányba mutató precedens álláspontjából. Ez a jelenség nálunk is megfigyelhető, és többségében az a jellemző az 1991-től napjainkig talált 240 bírói jogra hivatkozásra, hogy elsősorban valamilyen bírói gyakorlatot hoznak fel indokolásként az ítéletben követett jogi álláspontra, és e bírói gyakorlat példaként jelölnek meg egy vagy több BH-t. (A 240-ből két esetben olyan Legfelsőbb Bíróági döntést hivatkoztak meg, melyek nem kerültek közzétételre a Bíróági Határozatok-ban.) A kontinentális jogokban megfigyelhető főszabály tehát nálunk is kimutatható. Emellett azonban nagyon sokszor az is előfordul, hogy egyszerűen csak állítják, hogy az adott jogi álláspontot a bírói gyakorlat alátámasztja, ám nem hivatkoznak meg egyetlen BH-t sem. Néha ez gyanút is kelt az elemzőben, mint például a BH 1998/467. számú esetben, ahol egy halálos közúti baleset ügyében ötször is hivatkozott a bíróság különböző jogi álláspontok alátámasztásaként a bírói gyakorlatra, de egyszer sem adott konkrét eseti döntést ennek leellenőrzésére. A bírói gyakorlat ténylegesen létező jellegét az is megkérdőjelezheti az elemző számára, amikor a jogi álláspontját "a Legfelsőbb Bíróság következetes gyakorlatára" alapítja a bíróság, de erre csak egy, Bíróági Határozatok-ban közzé sem tett eseti döntést tud felhozni, mint ahogy ez a BH 1998/277. számú esetben történt, ahol az állított "következetes gyakorlatra" csak egy négy évvel korábbi, nem publikált eseti döntés állt bizonyítékként.

A pusztán bírói gyakorlatra hivatkozásnál ugyan kevesebb esetben, de azért többször az is előfordul, hogy csak egy-egy releváns BH-t hivatkoznak meg az ítélet jogi álláspontjának alapjaként, és nem állítják, hogy ez bírói gyakorlat lenne. Például a BH 1997/391. számú esetben egy "kontárral", iparendeléssel nem rendelkezővel kötött vállalkozási szerződés semmissége, illetve a vállalkozói díjban az általános forgalmi adó felszámításának jogossága volt a vita tárgya. Az alperes-"kontár" elvégezte kisebb hibával a munkát, aminek kijavításával együtt az késznek volt mondható. A felperes vitatta, hogy a "kontár" felszámíthatott-e általános forgalmi adót. A Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati eljárásban utalt arra, hogy 1990 április 15-én lépett hatályba az új 1990. évi V. törvény az egyéni vállalkozásokról, és a BH 1994/186. számú esetben az LB a bírói gyakorlat alakítása érdekében leszögezte, hogy ha a jogszabály nem tilt egy tevékenységet, akkor önmagában még nem teszi semmissé a vállalkozási szerződést az, hogy a vállalkozó nem rendelkezik iparendeléssel arra a munkára. Ebből következően az ilyen tevékenység végzése után az általános forgalmi adó is felszámítható - alapozta döntését erre az egyetlen BH-ra a bíróság.

Az is gyakori, amikor bírói gyakorlat szintű elterjedtséget ugyan nem állít a bíróság egy jogi álláspontja alapjaként, de "több Legfelsőbb Bíróági döntést" jelez általánosságban, melyek töretlenül ezen az állásponton állnak e kérdésben, és egy-két BH-t konkrétan meghivatkozik ennek alátámasztására. Például a BH 1998/79. számú esetben indokolja ezzel a megoldással a bíróság álláspontját: "Mint ahogy arra a Legfelsőbb Bíróság már több eseti döntésében utalt...a pályázat kiíróját nem terheli szerződéskötési kötelezettség."

Egy esetben találtunk olyan jogi vitát, amely épp a pusztán eseti döntés és a bírói gyakorlat viszonyára vonatkozott a kötelező erő szempontjából. Ez volt a BH



1998/232. számú eset, amikor az elsőfokú bíróság ítéletében a Legfelsőbb Bíróság által hozott releváns eseti döntésre támaszkodott jogi álláspontja kialakításában, és azt állította, hogy e döntésnek megfelelő bírói gyakorlat is létezik. Ezzel szemben a másodfokú bíróság azt állította, hogy ez az eseti LB-döntés éppen hogy szembenáll az elterjedt bírói gyakorlattal: "...az elsőfokú bíróság által hivatkozott LB eseti döntés ténylegesen a bírósági gyakorlatban nem kapott helyet, egyébként az eseti döntések az alsóbb bíróságokra nem bírnak kötelező erővel." Ez az indokolás már a felülvizsgálati eljárás nyomán született, ahol az LB bírái hivatkozták meg egyetértően a másodfok álláspontját, és végül ezt fogadták el. Ebből levezethetően tehát *a bírói gyakorlatba belefoglalódó, azzal kiegészült felsőbírósági precedensek kötelező erejét* vallják a legfőbb bírói fórum bírái is, mint ahogy a másodfok bíráinál látható volt. Alkotmányjogi rögzítettség szintjén természetesen a bírói gyakorlatba belefoglalódó, azzal felerősített precedens sem kötelező, így az előbb idézett indokolás inkább csak a bírói kar ténylegesen vallott álláspontját fejezi ki. Ez azonban már át is vezet bennünket a magyar bírói jog kötelező erejének kérdéséhez.

### 2.3. A bírói jog kötelező erejének fokozatai

A teljes skálát tekintve négy fokozaton át lehet bemutatni az egyes országokban a bírói precedensjog kötelező erejét. A legerősebb, ha ennek megsértése mindenképpen az ítélet hatályon kívül helyezéséhez vezet; ennél enyhébb, ha kifejezett érveléssel el lehet térni egy korábbi releváns precedenstől, ha az meggyőző a másodfokon döntő bírói fórumra; még enyhébb a kötelező erő, ha csak alátámasztó érvként szolgál a precedens, amely azonban további jogi alapok (pl. egy törvényi rendelkezés, egy alkotmányos alapjog, egy uralkodó jogirodalmi vélemény stb.) mellett jelenik meg; végül legenyhébb ez a kötelező erő, ha pusztán illusztrációként szerepel egy vagy több korábbi eseti döntés a jogi álláspont bemutatására.

*A magyar joggyakorlatban, legalábbis a büntető és a polgári ügyek terén, mind a négy fokozat megfigyelhető.* Nagyon sok esetben találunk olyan bírói ítéletet, amely a vonatkozó precedensek és az ezek alapján elterjedt bírói gyakorlat megsértése esetén *törvénysértést vagy más jogszabálysértést állapított meg*, és hatályon kívül helyezve az alsóbb fokú ítéletet, új eljárásra utasította emiatt az ilyen ítéletet hozó bíróságot. Ez figyelhető meg például a BH 1999/211. számú esetben, ahol ajándék visszaköveteléséről volt szó a polgári perben, és a visszakövetelés alapja a létfenntartás veszélyeztetettsége volt, és a vita azon folyt, hogy az ajándékozó felperes életkörülményei megalapozzák-e a létfenntartás veszélyeztetettségét? A Ptk 582.§-ának (1) bekezdése erre lehetőséget ad, és a másodfokú bíróság úgy ítélve meg, hogy a felperes életkörülményei megalapozzák ezt a visszakövetelési jogot, javára ítélte. A felülvizsgálati eljárásban azonban a Legfelsőbb Bíróság bírái úgy érveltek, hogy korábban a "Legfelsőbb Bíróság több eseti döntésében állást foglalt abban, hogy a létfenntartás veszélyeztetettségének vizsgálata nem szűkíthető le a mindennapi szükségletek anyagi fedezetének tisztázására, ugyanakkor a létfenntartás körében az ajándékozó jövedelme és anyagi helyzete mellett azt is vizsgálni kell, hogy életkora, egészségi állapota miatt mennyiben rászorult, és ez a helyzet átmeneti jellegű, vagy állandósultnak tekinthető-e?" Ezt megvizsgálva végül megváltoztatta a jogerős ítéletet. A most bennünket érdeklő dolog ebben az, hogy e döntést a legfőbb fórum bírái a "jogerős ítélet anyagi jogi szabályok téves alkalmazása miatti jogszabálysértő jellegére" alapozták. Vagyis az LB több eseti döntését nem követő bírói ítéletet nem egyszerűen "precedens-sértőnek" minősítették, ami pedig ténylegesen kiderül az indokolásból, hanem "jogszabálysértőnek". Ez a példa egyáltalán nem egyedi jelenség, hanem a felülvizsgálati eljárásban nagyon sok esetben ezt az erősségi fokot

lehet megállapítani a bírói precedensjogra mind a polgári, mind a büntető ügyek vonatkozásában. Hogy a büntető ügyekre is álljon itt ehhez egy példa, említeni lehet a BH 1999/100. számú esetet, ahol más bűncselekmények mellett a közokirattal való visszaélés vétségét is megállapította a másodfok ítélete, mivel egy - más bűncselekmény miatt elrendelt - házkutatás során két, más nevére kiállított útlevelet is találtak a gyanúsítottnál. Ezzel úgy tartotta magánál más közokiratát a vádlott, hogy eltitkolta azokat - indokolta a bíróság jogi álláspontját. A felülvizsgálati eljárásban azonban az állandó bírói gyakorlatra és példálózva egy BH-ra utalva jelezték az LB bírái, hogy önmagában más közokiratának a lakásban való tartása még nem tekinthető eltitkolásnak, csak ha a tulajdonos vagy például a hatóság kérdésére nemleges választ adott volna erről a tényről a gyanúsított. E bírói gyakorlat nem követése miatt a Legfelsőbb Bíróság úgy döntött a felülvizsgálati eljárásban, hogy "a büntető anyagi jog szabályainak megsértése történt", és erre tekintettel hatályon kívül helyezte az ítéletnek ezt a részét.

Ha az alkotmány szintjén - ahol csak a törvény és a jogegységi határozat jogilag kötelező erejét mondják ki a bíróságok számára - nem is jelent jogot a bírói precedensjog és az eseti döntésekből formálódó bírói gyakorlat, a tényleges jogszolgáltatásban a Legfelsőbb Bíróság ítéletei expliciten rögzítik ezt. Ez azonban csak az esetek egy, talán nagyobb részében van így, mert sokszor csak alátámasztó vagy pusztán csak illusztráló erővel jelenik meg a BH-kban a precedensekre hivatkozás. *Vagyis mivel nincs formálisan is rögzítve az "egy precedens", "több LB eseti döntés", "a bírói gyakorlat" kötelező erejének fokozata a magyar jogban, többször csak alátámasztó vagy illusztráló szerepet kapnak ezek, míg máskor jogszabálysértésként jelenik meg megsértésük.*

A kötelező erőt bizonytalanná teszi sokszor az is, hogy a Legfelsőbb Bíróság ítélkező tanácsai között érezhetően eltérő irányba húzó jogértelmező döntések jelennek meg. Erre jó példát ad a rágalmazás vétsége tárgyában 1998-ban hozott és polárisan ellenkező irányba mutató két BH, a BH 1998/211. és a BH 1998/570. számú eset. Az előző már fejlécében vastagon szedett kiemelésében rögzíti, hogy "Téves a rágalmazás vétségével kapcsolatban kialakult ítélkezési gyakorlat, amely szerint a közérdek vagy a jogos magánérdekek védelme céljából az állami és a társadalmi szervekhez intézett panaszok, bírálatok és bejelentések még abban az esetben is nélkülözik a társadalomra veszélyességet, ha azok tartalmilag - részben vagy egészben - valótlanok." Ezután a "téves bírói gyakorlattal" szembefordulva döntött. A BH 1998/570. számú esetben ugyanígy bejelentés formájában rágalmazás vétsége merült fel, de a felülvizsgálati eljárásban az LB bírái anélkül, hogy említették volna az alig néhány hónapja hozott precedenst, több évvel korábbi BH-kat beidézve a korábbi "téves bírói gyakorlat" szerint döntöttek. Ez a jelenség többször volt tetten érhető a több száz BH elemzése közben.

Ennek kapcsán kell kitérni a bírói precedensjog formalizált felülvizsgálati lehetőségére. Ennek intézményes eszközét jelenti az 1997 végén bevezetett jogegységi eljárás, melyre akkor kerül sor, ha "a joggyakorlat továbbfejlesztése vagy az egységes ítélkezési gyakorlat biztosítása érdekében elvi kérdésben jogegységi határozat meghozatala szükséges; vagy ha a Legfelsőbb Bíróság valamely tanácsa jogkérdésben el kíván térni a Legfelsőbb Bíróság másik ítélkező tanácsának határozatától" (1997. évi LXVI. törvény 29.§ (1) bekezdés). Először is látható, hogy ez az alig néhány éve létező, új intézmény a BH-k - a Bírósági Határozatok-ban megjelent eseti döntések - közül kiemeli a Legfelsőbb Bíróság ítélkező tanácsai által hozott döntéseket, és ezeket formailag is kötelezővé teszi az LB más ítélkező tanácsai számára. E kötelező erő azt jelenti, hogy csak speciális eljárásban - jogegységi eljárászt indítványozva és ennek engedélyező határozata alapján - lehet eltérni tőle.

Egy új jogintézmény, amely korábbi, sok évtizedes múlttal rendelkező más intézményt szorít ki - jelen esetben ez volt a Legfelsőbb Bíróság elvi döntéseinek, irányelveinek és kollégiumi állásfoglalásainak normaanyaga - csak nehezen és apró lépésként tud megvalósulni. Így érthető, hogy mindösszesen 24 jogegységi határozat született a polgári, a büntető, a közigazgatási és a munkajog területén e másfél év alatt. (Például 1998-ban egy munkajogi, két polgári, három közigazgatási és hat büntető jogegységi határozat jött létre, 1999 őszéig pedig három polgári, három közigazgatási és öt büntető határozat.) Ez azt jelenti, hogy például az 1998-as kb. 150 büntető és büntető eljárásjogi BH mellett alig hat ilyen jellegű jogegységi határozat volt, vagy a kb. 200 polgári BH-ra két ilyen jogegységi határozat jutott.

Az említett több száz BH elemzése azt mutatta, hogy ténylegesen jóval több eltérő irányba húzó eseti döntés és eltérő bírói gyakorlat létezik, mint ami jogegységi határozatok szintjén feloldást nyer. Például a már említett BH 1998/211. számú eset a rágalmozás kapcsán jogegységi eljárás indítványozása nélkül maga kívánta korrigálni a "téves bírói gyakorlatot", és mint látható volt, az LB másik ítélkező tanácsa említés nélkül siklott át felette a BH 1998/570. számú esetben. Az intézmény mindenestre elvileg megfelelő a bírói precedensjog formalizált felülvizsgálatára, és az idő valószínűleg erősebben mozgásba is lendíti majd.

#### 2.4. A bírói precedensjog törvényszöveghez kötöttsége

Az eddigiekben látható volt, hogy a bírói precedensjog súlya nagymértékben megnövekedett a magyar jogban, és ez jelenti egyrészt az ítéletekben a korábbi felsőbbbírói ítéletekre alapozás gyakoriságának, másrészt a korábbi precedensek kötelező erejének a növekedését, amely abban jelentkezik, hogy megsértésüket - figyelmen kívül hagyásukat - sok esetben jogszabálysértésként szankcionálják a legfőbb bírói fórum bírái. Ez a súlynővekedés veti fel a kérdést, hogy milyen viszonyban áll az újonnan markánsná váló bírói precedensjog rétege a törvényszövegek és általában a jogszabályok szövegrétegével? *Mennyiben jelentenek a precedensek konkretizáló-értelmező precedenseket, mennyiben jelentik esetleg a törvényszövegekben levő rendelkezések félretolását?* Ezt azért is érdemes nyíltan felvetni, mert a bírói jog eddigi két hatásos elmélete, a XX. század elejének "szabadjogi iskolája" és az Egyesült Államokban az 1930-as években domináló "jogi realizmus" a bírói jog propagálásával egyben a törvények és a törvényalkotó háttérbe szorítását is támogatta (lásd Fikentscher 1975). A különböző jogkonceptiók egyoldalú kiemelését egy többretegű jogkonceptióba integrálva - már az elmúlt évszázad jogfejlődési folyamatainak ismeretében - a bírói jog mint a jog egyik rétege problémamentesen beilleszthetőként is megfogalmazhatóvá vált (lásd Pokol 1989; 1998a), de ténylegesen a bírói jog mindkét irányba fejlődni tud, és csak az empirikus vizsgálat tudja feltárni, hogy egy-egy országban mely verzió valósul meg.

E kérdés megválaszolásához kiindulópontot felsőbbbíróságaink jogértelmező gyakorlatának egészéből nyerhetünk. Mint azt az előző részben 600 - Bíróság Határozatok-ban megjelent - felsőbbbírói döntés elemzése alapján kimutattuk, a magyar bírói jogértelmezés *alapvetően szövegűséggel jellemezhető*, és a törvényszövegtől a kisebb fokú elszakadást csak a jogdogmatikai fogalmak értelmezésbe bevonásával hajtják végre, de az ennél komolyabb fellazító jogértelmezést jelentő alapjogi, vagy általános jogelvi értelmezés nem jellemző a hazai bírákra. Bár nem vitás, hogy a '70-es évek kifejezetten szövegpozitivisták jogértelmezéshez képest a szabadabb jogértelmezés felé mentek el bíránk az utóbbi

években, ahogy említett vizsgálatunk kimutatta. Ez azonban egyáltalán nem kérdőjelezte meg alapjaiban a hazai bíróságok jogértelmezésénél a törvényszöveghez kötöttséget.

Ez a beállítódás egyben meg is határozza a bírói precedensek fajtáját a hazai jogban. Az e tanulmány elkészítése előtt elvégzett további 240 olyan felsőbbbírósági döntés vizsgálata, amelyek kifejezetten hivatkoztak jogi álláspontjuk kialakításánál precedensre és bírói gyakorlatra, azt mutatta, hogy a bírói precedensjog nálunk nem szabályozó precedensekből áll, melyek félretolnák a vonatkozó törvényi rendelkezéseket, hanem inkább *e törvényhelyek értelmező-konkretizáló precedenseiből*. Azokra a döntési dilemmákra, melyek egy-egy törvényhely alkalmazásánál az egyedi esetek színes forgatagában felmerülnek, és amelyekre a törvényi rendelkezés keretei között ilyen vagy olyan döntés is egyaránt adható, valamelyik irányba normatív döntést adnak e precedensek. A bírák, akik naponta szembekerülnek a törvényhelyek által nyitva hagyott döntési dilemmákkal, a konkretizáló-értelmező precedensek segítségével országosan egységesen egy irányba tudják eldönteni ezeket. *A precedensek tehát nem a törvényhozó döntési kompetenciáját vonják el, hanem az egyedi bírák mérlegelési szabadságát szűkítik be.* A törvényszövegek rétege alatt a konkretizáló-értelmező bírói precedensjog rétege eset közeli pontossággal megadja a bírák számára a kötelező döntési támpontokat.

Összességében elmondhatjuk, hogy a hazai bírói jog - legalábbis eddigi fejlődésében - harmonikusan illeszkedik a törvényszövegekhez, és nem jelenti a bírák "szabad jogtalálásának" elterjedését. Ez azonban nem jelenti, hogy a jövőben nem mehetnek végbe változások a törvényi jog félretolása felé, hisz a bírói kar önszerveződése, a parlamenti többséget megjelenítő igazságügyi kormánypolitika jogosítványainak eltűnése a bírói vezetők kinevezésében alig néhány évre tekint vissza. Ezért miközben támogatni kell a bírói precedensjog rétegének, mint a törvényi jog konkretizálójának kialakulását, meg kell teremteni annak garanciáját is, hogy az esetleges elszakadási tendenciákat észlelni tudja a törvényhozó, és képes legyen megtenni a szükséges ellenlépéseket.

## VI. fejezet

### A jogelmélet története

## 1. A jogelmélet történetének vázlata

A könyv következő fejezeteiben a főbb nyugati országok és a hazai jogelméleti irányzatok fejlődésének történetével és a kortárs jogelméleti eszmékkel foglalkozunk. Részletesebben a német és az amerikai jogelméleti irányzatok főbb meglátásait járjuk majd később körül, mivel az elmúlt két évszázadban ezek értek el nagy fejlettséget és nemzetközi szintű befolyást. Pontosabban: a XIX. században a német jogi gondolkodás volt meghatározó, a huszadik század első évtizedei után pedig fokozatosan az amerikai elméleti jogi gondolkodás kezdi befolyásolni a fejlett világ jogelméleti paradigmáit. E részletesebb fejtegetések előtt azonban célszerűnek tűnik egy átfogó vázlatban áttekinteni az elmúlt két évszázad jogelméleti fejlődésének főbb iskoláit, és ezek viszonyát a jog egyes rétegeihez.

### 1.1. Jogelméletek és jogrétegek

A jog rétegeiként a bírói kazuisztika, a jogtudományi-jogdogmatikai szféra, a jogalkotási szféra és a legutóbbi évtizedekben egy sor jogrendszerben megteremtődve az alkotmányos alapjogok fölötti alkotmánybíráskodási gyakorlat ragadhatók meg. Ezt az összképet szem előtt tartva főbb típusokba rendezhetők a fontosabb jogelméleti irányzatok szűkítései, egyoldalúságai, és jobban értékelhetővé válnak azok a jogi koncepciók, amelyek a jog összerkeztét teljesebben meg tudják ragadni. Először nézzünk meg néhány példát a jogot a törvényszövegre szűkítő *törvénypozitivist*a felfogásokból, majd a *jogdogmatikai rétegre* szűkítő megközelítést, ezután a jogot a *bírói gyakorlattal* azonosító felfogásra térünk ki röviden, majd mint legújabb fejleményt a jogot az *alkotmányos alapjogok köré telepítő megközelítéssel* foglalkozunk. Jó néhány *jogszociológiai* megközelítés - elsősorban a XX. század elején a jogot a *mindennapi gyakorlattal* azonosította, így mint egyik lényeges szűkítésre röviden még erre is kitérünk.

#### 1.1.1. A decizionista jogpozitivizmus szűkítése

Ez a jogszemlélet a modern jogrendszerek egyik fontos aspektusát emeli középpontba, és azonosítja a joggal. A jog meghatározott testületek (felsőbíráóságok, állami szervek) által kiadott döntésekből áll, amelyekből a bírák és más jogalkalmazók az egyedi esetre kiolvassák az ítéleteket. Ennek a jogszemléletnek két oldala van, és e két oldalt eltérően kell értékelni. Egyrészt a jog ebben a felfogásban egyenlő a formalizált jogforrásokban megjelenő döntések szövegével. Ez az oldal a gyakorló bíró nézőpontjából - legalábbis orientálódása fő súlyát tekintve - fontos igazságot tartalmaz. A decizionista jogszemlélet másik oldala az igazán problémás, amely a jogforrásokban megjelenő döntésanyagot ténylegesen az ezt kiadó állami szerv szüleményének tekinti, és így tetszőleges változtatást deklará, vagy legalábbis ki nem mondva ez következik belőle. Amennyiben ez utóbbi oldal, azaz a tetszőleges

változtatás a gyakorlatban realizálódik, rögtön kiderül, hogy a bírák törvényszöveghez kötöttségének tétele egy szűkítést tartalmaz, és ez csak addig marad rejtve, amíg a törvényszöveg a bírákat szocializáló és összehangolt döntési szempontokat, levezetéseket kidolgozó jogdogmatikai tevékenység kategóriáiból és az azok által megengedett konstrukciókból áll. Amíg azonban ez a helyzet, addig a törvénypozitivizmus a bírák szempontjából nagyobb problémát nem jelent.

A decizionista jogszemlélet első tiszta megfogalmazását *Hobbesnak* lehet tulajdonítani (Perelmann 1983:428), aki elméletében - szemben Locke korábbi elképzeléseivel - a természeti ősállapotot megszüntető szuverén uralkodó elé nem állított semmiféle korlátot a jog alkotásánál. *Rousseau* népszuverenitása már ezt a semmi által nem korlátozott szuverén törvényhozást viszi tovább, és Montesquieu hatalommegosztási elmélete, amelyben a bíró mint a "törvény szája" csak kimondja az ítéletet, ezt az eszmei alapot teljesíti be. Franciaországban ez az elméleti háttér és a jól sikerült napóleoni kódexek a XIX. század elejétől az "école de l'exégese"-t, az "exegétikus iskolát" tették dominálóvá, amely majd száz évig a kódexek szövegén kívül mást jognak elismerni nem volt hajlandó. Mint egyik reprezentásuk, Bugnet kijelentette, ő nem ismer olyan fogalmat, hogy magánjog, ő a Code Napóleont alkalmazza kizárólag (Kramer 1969:6). Németországban Bergbohm 1896-ban kiadott "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" c. munkája jelentette a decizionista jogszemlélet első tiszta megfogalmazását, de itt igazán dominálóvá úgy, ahogy Franciaországban, soha nem vált. Angliában a common law sajátosságai miatt az elméletek soha nem játszottak fontos szerepet a jog tényleges fejlődésének meghatározásában, így itt inkább csak elméleti jelentősége volt *Jeremy Bentham* és nyomában *John Austin* jogszemléletének, mely a jogot az állami parancsokra alapozta. Nagyobb hatása volt Austinnak a XIX. századi amerikai jogelméleti gondolkodásra, amely jobban bekapcsolódott a működő jogi gyakorlatba, így az amerikai jog realitását jobban befolyásolni tudta. Itt azonban nem Austin állami parancsokra alapozó definitív jogfogalma vált fontossá, hanem a jogszabályok mögött a jogi kategóriákat kiemelő analitikai jogszemlélete. (Az amerikai jogi realisták később épp ez ellen léptek fel és fordultak a bírói gyakorlat felé, mint a német fogalmi jogtudomány ellen fellépő szabadjogi iskola is.) Így Austinét inkább csak definitív jogfogalma miatt lehet az etatista jogkonceptiókhoz sorolni (ld. Ott 1983:425).

A decizionista jogpozitivizmus egyik leghatásosabb megfogalmazása kétségkívül *Hans Kelsen*től ered. Ebből a szempontból a kelsen Tiszta Jogtan legfontosabb sajátossága, hogy - explicit cáfolat nélkül - szakít a német jogtudományban Savigny és Puchta óta bevett *értelmi egységre* alapozott jogfogalommal, és ennek helyére az *érténybeli egységet* állítja. A hagyományos válaszirány arra a kérdésre, hogy mi adja a jogi normák sokaságában az egységet, úgy szól, hogy a mögöttes egybecsiszolt jogdogmatikai kategóriarendszer. Ezzel szemben Kelsen az egységet az egyes jogi döntések korábbi döntésekre, végül az alkotmányra, és e mögött egy hipotetikus alapnormára való visszavezethetőségben látja (Kelsen 1934: 63). A jog specifikuma, hogy egy állami döntés egy kauzális életbeli tényálláshoz egy mesterséges jogkövetkezményt kapcsol. A jog így speciális technika, amely ezzel az összekapcsolással - hipotetikus ítélettel - bármit bármivel összeköthet, és azt jognak kell tekinteni. Egyetlen előfeltétel itt, hogy ez az állami döntés egy olyan eljárásban és olyan kereteket betartva jöjjön létre, amilyeneket egy korábbi állami döntés erre nézve megszabott (Kelsen 1934: 24). E formális érvényességi lépcsőben áll a jog egysége.

### 1.1.2. A jogdogmatika kizárólagossága

A múlt század második felében a német jogtudományban domináló pandekta

jogtudomány - vagy kritikusainak elnevezésében "Begriffsjurisprudenz", "fogalmi jogtudomány - a decizionista törvényt pozitívizmus mellett tisztán mutatja a jog szerkezetének egy másik lehetséges szűkítését. A jog ebben a megközelítésben alá és fölé rendelt fogalmak, egymásból logikai úton levezethető jogtételek rendszere, amelyek kötik mind a törvényhozót - ha már belenyúl a jogba -, mind a bírakat, amikor a törvényt, ill. sokkal inkább a jogdogmatikai-jogtudományi réteg által létrehozott jogi fogalmi rendszert az egyedi esetre alkalmazza. Ebben a jogkoncepcióban a jogász professzió a jog hordozója, de a professzió középpontjába az *egyetemi jogászság* kerül, amely egyedül képes a fogalmak rendszerszerűségét és tudományosságát biztosítani. "Még a törvényhozó által felállított fogalmak is csak a jogrendszer fogalmaiból levezethetőséggel nyerhetik el igazolásukat, így a Begriffsjurisprudenz éles ellentétben áll a törvényt pozitívizmussal" (Jerusalem 1948: 149).

### 1.1.3. A jog mint bírói jog

Ez a jogszemlélet a XIX. századi angol common law rendszer döntően bírói precedensekre szűkülő jellegzetességére vonatkoztatva nagyrészt reálisnak volt tekinthető. A kontinensen azonban, de az Egyesült Államokban is, ahol a merev angol precedensekhez ragaszkodással szemben a törvényi jog nagyobb szerepet játszott már ekkor, és egy-egy absztraktabb jogelvi-jogdogmatikai közvetítő réteg kialakulóban volt, tehát itt a szuverén bírói jogalkotás hangsúlyozása mint a jog össz-szerkezetének egyik szűkítése értékelhető.

Németországban Oscar Bülow 1895-ös "Gesetz und Richteramt" (Törvény és bíróság) c. munkája mint bevezető értékelhető a jogot a jogdogmatikáról és a jogtudósokról az egyedi bírói döntésre és a bírói gyakorlatra áttelepítő szabadjogi iskola jogfelfogásához. Ebben a jogkoncepcióban a jogdogmatika mesterséges konstrukciói váltak a fő támadási ponttá a jog működése szempontjából, és csak másodsorban az állam törvényhozása. Ez utóbbi bizonyos kötőerejét elismerték, és elsősorban a jogtudományi-jogdogmatikai réteg uralma ellen fordultak. Megfogalmazásukban a bírói jogérzet az egyedi ítékezés folyamán hozza létre a jogot, és ez kizárólag a bírói ítélezési gyakorlatból olvasható ki. Ehhez az irányzathoz tartozott Eugen Ehrlich is, aki később jogszociológiájában egy szinttel mélyebbre tolva a jog szubsztrátumát, az "élő jogot" a mindennapokban követett gyakorlatokban találja meg. A szabadjogi iskola talán legharcosabb alakja, Ernst Fuchs írásaiból azonban még jól kiolvashatóak a bírói jog koncepciójának pozíciói. (A szabadjogi iskola elemzéséhez lásd: Riebschläger 1968: 33-90.) Legtávolabb a bírák törvényszöveggel és a dogmatikai kategóriákkal szembeni szabadságának deklarálása terén Fuchs ment el közülük 1909-es informatív című írásában, ("A konstrukciós jurisprudencia közártalmassága"), amelyben a méltányosság vagy az igazságosság elvei alapján a bírót felhatalmazottnak látja a törvény kifejezett rendelkezésével szembeni döntésre (Fuchs 1909: 99).

Amerikában K. N. Llewellyn és Jerome Frank nevéhez fűződik döntően a bírakat középpontba állító jogi realizmus jogszemlélete, amely rövid időre 1930 és 1940 között nagy befolyással rendelkezett itt. Ez az irányzat csak beteljesítette az O. W. Holmes által már a múlt század végétől elindított elfordulást a jog rendszerszerűségét biztosító analitikai jogszemlélettől, és a német szabadjogászokhoz hasonlóan az egyedi bírói ítéletben vélte megtalálni a jogot. Mint Llewellyn összefoglalóan kifejezte: "Amit a jogalkalmazással megbízott bírák a jogi esetben döntenek, megítélésem szerint az maga a jog. (Llewellyn 1930: 12). Jerome Frank még radikálisabban elvetette a tartós-kiszámítható mozzanatokat a jogból, és a számtalan pszichikai, véletlen körülmény által befolyásolt bírói képét középpontba emelve, a

korábbi bírói precedensek kötőerejét is tagadta. Amennyiben ugyanolyan jogeset eldöntésében később másik bíró - más ügyvédek és más perbeli felek mellett - fog dönteni, az egészen másképp alakul majd, attól függően, hogy éppen milyen benyomások érik a bírót. (Míg Llewellynnél még a lefektetett szabályok, ha nem is meghatározó erőt, de bizonyos orientálódást azért jelentettek a bíró felé.)

#### 1.1.4. A jog mint az alapjogok rétege

Hart szabályokra szűkítő jogfogalmával szemben Ronald Dworkin a '60-as évek végétől - elsősorban az alkotmányos alapjogokat szem előtt tartva - a *jogelvek rétegét* igyekezett beemelni a jogba, és a szabályréteg, ill. a jogelvi réteg kettőseként értelmezni azt (lásd Dworkin 1977a). Ebben a tematizálásban, ha nincs konkrét szabály egy eset eldöntésre, még nem jelenti a bíró számára a szabad mérlegelés létrejöttét - ami Hart felfogásából következik -, hanem a jogelvek mint a jog másik része alapján kell eldöntenie az ügyet. De sokszor ez a helyzet akkor is, amikor látszólag konkrét szabály létezik, de ennek eredményeképpen egy nyilvánvalóan méltánytalan eredmény születne. Dworkin példákat idéz a joggyakorlatból, amikor ilyen esetben a bíróság egy mögöttes jogelvre visszanyúlva felülbírálta a szabály szintű rendelkezést. Pl. egy végrendeletben megjelölt személy megölve az örökhagyót - büntetőjogi felelősségrevonás után - a jogszabályi rendelkezés szerint nem lett volna megfosztható az örökségtől, ezért a bíróság egy átfogó jogelvre visszanyúlva - "senki nem szerezhet előnyt saját jogellenes cselekménye folytán" - fosztotta meg örökségétől az örökös.

Sajátos szűkítést ott találunk Dworkinnál - és számunkra most ez a fontos -, amikor az alkotmányba foglalt alapjogi elvekre koncentrálna az igazi jogerőt ezeknek tulajdonítja, és ezek alapján az egyszerű jog rendelkezései esetében felmenti az állampolgárokat az engedelmisség kötelezettsége alól, amennyiben ezek ellentmondanak az alapjogoknak. "A jognak való engedetlenség lehetősége nem egy elkülönült jog...valami utólagos a többi jog mellett a kormánnyal szemben. Ez egyszerűen az alapjogok egyik vonása... és ezt nem lehet tagadni anélkül, hogy a jogokat magukat ne tagadnánk." (Dworkin 1977b: 211). Vagy más szavakkal: "...bármely társadalomnak, amely elismeri ezeket az alapjogokat, el kell vetnie a jognak való általános engedelmisség eszméjét, amely minden esetre vonatkozik." (216p.). Ebben a tematizálásban az igazi jog az alkotmányos alapjogi rétegre szűkül, ez adja az állampolgároknak az elsődleges alanyi jogokat, és az egyszerű szabályszerű jogi előírások csak feltételesen érvényesek, és ezeknek csak feltételesen kell engedelmeskedni.

#### 1.1.5. A jog mint mindennapi gyakorlat

A mindennapi szokásnormák világából kiemelkedő professzionális jogrendszer rétegei egy sor szempontból szabadságot élveznek a tömegesen követett napi rutinokkal szemben, és a közvetítő mechanizmusok sokaságán át tudják formálni meg-megújulóan a rutinokat. A túlságosan nagy elszakadás azonban hamar rádöbbeníti a jogászokat a szabadság korlátaira. Egy "változtatási rést" lehet itt megállapítani, ameddig elmeleg a professzionális jog és a mindennapi rutinok, meggyőződések közötti elszakadás. A XIX. században először markánsná vált írott jog alkotása és a mindennapi nyelvtől idegen jogi fogalmak domináló helyzetbe kerülésének mintegy



visszahatásaként néhány jogelméleti megközelítés a múlt század végétől a törvénypozitivizmustól és a dogmatikai pozitívizmustól elszakadva, a bírói jogon át a mindennapi gyakorlatig jutott a "papírjog" alatti "igazi" jog megtalálásában.

A francia *Léon Duguit* az 1800-as évek végén, a franciáknál domináló "école de l'exégese" merev törvénypozitivizmusával szembesülve, teljes mértékben elutasította elméletében a mindennapi gyakorlat fölé emelkedő, önálló jogi szféra gondolatát. A tényleges jogot számára az "objektív jog" jelentette, és az állami pozitív jog csak annyiban érvényes, amennyiben ezt az objektív jogot jeleníti meg. "A tudat kollektív állapota, amely szankció után kiált, az alkotó jogforrás." (Duguit 1920: 206). Egy gazdasági vagy morális szabály akkor válik jogi normává, ha az emberek tömegeinek tudatában szétáradt a meggyőződés, hogy az adott társadalmi csoport, vagy azok, akik a legnagyobb erőt képviselik közöttük, beavatkozhatnak e szabályok megsértésének elfojtására.

*Eugen Ehrlich* ugyanebben az években a német nyelvterületen jutott hasonló gondolatokra, mint Duguitnél volt látható. Ehrlich a bírói gyakorlaton túllépve végül szintén a mindennapi gyakorlatban találja meg az "élő jogot". Mint írja, hatszáz kötetnyi bírói döntési anyagot nézett át, hogy a valóságos jogra bukkanjon a kódexek papírja alatt. "Hamarosan azonban a bírói döntéseknél is jobban megragadott az, ami a valóságban történik." (Ehrlich 1977: 71).

A lengyel *Leo Petrazsickij* 1907-es tanulmányában a papírjog alatti "igazi jogot" keresve szintén hasonló következtetésekre jut. Hol kell keresni a jogi jelenségeket? - teszi fel a kérdést, majd kijelenti: "...a hagyományos jogtudomány egyszerűen optikai csalódás. Nem a tényleges előfordulási helyükön, hanem ott észleli a jogot, ahol az égvilágon nincs semmi azokból... vagyis... a tapasztaló alanyon kívüli világban." (Petrazsickij 1981: 125). Vagyis ő az egyes egyének pszichikumában találja meg az igazi jogot. Ezt nevezi "intuitív jognak", amely így személyenként változó, és erre az állam pozitív joga csak mint egyik tényező hat ki a vele egyenrangú többi meghatározó mellett.

Említeni lehet itt még az amerikai *Graham Sumnert*, aki szintén a századfordulón a "népszokások" és a pozitív jog között más kifejezésekkel ugyanazt a viszonyt állapítja meg, mint az Ehrlich "élő joga" vagy Duguit "objektív joga" esetében látható volt.

### 1.1.6. A komplex jogi rendszer elméletei

A jogot egy-egy rétegre szűkítő felfogásokkal szemben inkább a kivételeket jelentik a jogelméleti gondolkodás történetében a kiegyensúlyozott, több síkot szem előtt tartó megközelítések. A modern jogelméleti gondolkodás talán legkiemelkedőbb alakja, *Friedrich C. von Savigny* megközelítése nyilvánvalóan ebbe a csoportba tartozik. Savigny a jog fejlődését a mindennapi gyakorlathoz éppúgy köti - a némileg szerencsétlenül választott, mert misztikusan hangzó "népszellemhez" kötással -, mint ahogy a diffúzabb-homályosabb jogi normák jogdogmatikai-jogtudományos kategóriákba öntését is kiemeli. (Lásd Larenz 1979: 14-25). Komplex jogi szemléletmódját a történeti jogi iskola "fogalmi jogtudománnyá" szűkülésével követői a későbbiekben elvékonyították, de maga Savigny saját elméleti beállítottsága még ma is példaként szolgálhat.

*Francois Génynnek* a századfordulón úgy sikerült megtörnie a francia "exegétikus iskola" törvénypozitivizmusának uralmát, hogy közben el tudta kerülni a kortárs

Duguit ellenkező végletbe esését, és a jog önálló rétegeinek szabadságát a mindennapi gyakorlat fölött megőrizve alakította ki komplex jogi koncepcióját. Gény kiindulópontja a jogon belüli komponensek feltérképezésénél a jog számára "adott" és a jogászai tevékenység által "konstruált" réteg szétválasztása (Gény 1917: 6). Az előbbi alatt a társadalmi jelenségek jogon túli rendjének jogba történő szükségszerű beemelését, elismerését érti, az utóbbi alatt a jogászai tevékenység alkotta jogi technikákat. A "jogi technika" nagyjából azt jelöli Génynél, amit a XIX. századi német jogtudományban a kusza-bonyolult társadalmi jelenségeket rendező jogdogmatikai kategóriákon, speciális jogi distinkciókon értettek, de nála ezek nem egy általános rendszeres jog részeként, hanem csak mint a bíró számára a szabályok és a tények összekötésénél segítő elemek jelennek meg. Ha a szabályok mögötti rendszer gondolatának hangsúlyozása hiányzik is Génynél, a Code Napóleont, a német BGB-t és az akkor frissen elkészült svájci polgári törvénykönyvet összehasonlítva az összecsiszolt jogdogmatikai rendszeren nyugvó német BGB-t teszi első helyre mint ideális alkotást, és a lazább francia és svájci kódexet elmarasztalja a rendszerükben mutatkozó hiányosságaik miatt (Gény 1917b: 548). A jog szövegrétege alatti jogtechnikai réteg mellett felbukkan nála a jogelvek önálló szerepének gondolata is. "Milyen feltételek esetén haladják meg a bírói döntések a jogszolgáltató aktusok szintjét, hogy a törvényhozói aktusokhoz közelítsék azokat? Vajon nincs helye ebből a szempontból az ítéletek közti különbségtételnek? Mit gondoljunk a "standardokról", melyek inkább irányelveket, semmint pontos szabályokat képeznek?" (Gény 1981: 207). Ha a logikai feszességet hiányolhatjuk is sokszor Gény elemzéseiben, épp e sokfelé figyelés révén egy többretegű, komplexebb jog képe bontakozik ki írásaiból. (Gény elméletének rendszeres elemzéséhez lásd még: Fikentscher 1975 Band 1: 460-497.)

Hasonlóan Gényhez - és elsősorban általa befolyásoltan - az amerikai jogelméletben a századelőn *Benjamin N. Cardozo*-nál láthatunk egy többretegű jogi koncepciót. Az angolszász jogra jellemző precedensek "ratio decidendi"-je és az írott törvények mellett Cardozo középpontba emeli a több precedensből kifejeződő "általános ratio decidendi", a szabályok fölött létrejövő jogelvek szerepét. Emellett elkülöníti a precedensek mögött álló alapvető jogi konstrukciókat (basic juridical conceptions), amelyek a bírakat irányítják ítélezésüknél (Cardozo 1921:20). Elemzésében a jog mint a törvényhelyek, precedensek, rendszerességet biztosító jogfogalmak, dogmatikai kategóriák és a döntési szabályok fölé emelkedő jogelvek, maximák foglalata jelenik meg. A későbbiekben Cardozo maga eltávolodott 1921-es könyvének jogszemléletétől, és a Holmest a jogi realizmus felé radikalizáló irányzathoz került közelebb, de ez a kis könyve az elmúlt évszázad egyik leghatásosabb alkotásának bizonyult nemcsak az Egyesült Államokban, hanem Josef Esser közvetítésével az 1950-es évektől a német jogelméletben is.

A szűkítő jogelméleti felfogások mellett tehát a jogelmélet történetében találhatunk befolyásos elméleteket, amelyek a jog többretegűségét tartották szem előtt. Ezeket kell alapul venni ma is, ha a komplex jogrendszerek rétegeit széleskörűen fel akarjuk tárni.

## 1.2. A nyugati jogelméleti fejlődés vázlata

A jogról való elméleti gondolkodás történeténél a XIX. század kezdetétől elsősorban a német jogtudományra kell figyelni. Különböző okoknál fogva ugyanis az újkori társadalomfejlődésben mérvadó többi nagy nyugat-európai ország - ebben a korban -

nem sokban tudott hozzájárulni a modern jogi gondolkodás meghatározásához. Angliában a római jog recepciójának végleges elakadása után az 1700-as évektől a bírósági precedensek követési útjait formalizálták egyre feszebben, és ez a gyakorlati jog fölé emelkedő elméleti jogi gondolkodást hosszú időre kiszorította Angliából. A XIX. század első felének egyetlen jelentős angol jogelméleti gondolkodója, *John Austin* (1792-1856) outsider maradt hazájában, és évekre Németországba kellett áttelepednie elméletének otthoni visszhangtalansága miatt. Franciaországban egyrészt a forradalom által likvidált vagy emigrációba kényszerített bírói kar, ill. a jogi egyetemek több évtizedig tartó bezárása tönkretette a korábban már fejlett szintre jutott jogtudományi gondolkodást, másrészt a montesquieu-i törvénykonceptióból következő "törvénytörvénypozitivizmus" dominálása a francia jogászságban szintén alapjaiban akadályozta az elméleti jogi gondolkodás újjáéledését. A XIX. században így vitathatatlanul a német jogtudomány jelentette a modern világ elméleti jogi gondolkodásának fő ágát, és az itteni eredmények transzformált átvétele a múlt század végétől a legtöbb ország által adta meg a fejlődési alapot a ma domináló jogelméletek számára.

A rövid jogelmélettörténeti vázlatot ezért a XIX. századi német jogelmélettel kezdjük, majd a francia jogelmélet újjáéledését nézzük át a múlt század végétől, és végül az angol majd az ebből építkező amerikai jogelméleti pozíciók változásaival zárjuk rövid összefoglalónkat.

### 1.2.1. A német jogelméleti gondolkodás fejlődése

A múlt századi német jogelméleti gondolkodás történetét *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861) művével kell kezdeni. Savigny a történeti jogi iskola egyik alapítójaként ismert, aki a jogot az adott társadalom kollektív tudatába helyezte, és mint "népszellemet" fogalmazta meg. Ennek másik oldala, hogy ezzel kizárta a társadalom életében organikusan fejlődő jog fölötti tudatos állami döntéssel alkotott jog lehetőségét, ill. a figyelmet programatikusan a mindennapi gyakorlatra és ennek történeti változásaira irányította. Ez az általánosan elterjedt kép Savignyról és a történeti jog iskoláról azonban csak részben adja vissza elméletének összetettségét. Kétirányú korrekciót kell ehhez fűzni, amelyek egyrészt Savigny elméletét érintik, másrészt érthetővé teszik a történeti jogi iskola gyors átfejlődését a "fogalmi jogtudományba" (Begriffsjurisprudenz).

Savigny - saját korábbi törvénypozitivizmusával is szakítva - 1815-ben "A korunk feladata a törvényhozás és a jogtudomány területén" c. tanulmányában ugyan valóban a népszellemben (Volksgeist) jelöli meg a jog fő forrását, de jelzi, hogy e forrásból még csak az élet tipikus jogintézményei jönnek létre, és ezek pontosításához-kibontásához, szabályokra szétbontásához még jogtudományi-elemző munka kell, és csak így alkalmasak a "népszellem" termékei a jogként való működésre. A bírák az eseti ítélkezésükben a jogot már így szabályokra szétbontva alkalmazzák, és Savigny jogkonceptiójából az is következik, hogy a bírák az alkalmazandó szabályokat mindig az átfogóbb jogintézmények fényében értelmezzék. A népszellem eredetű jogintézmények, az ezeket szabályokra szétbontó és rendszerező jogtudományi kategóriarendszer és a bírói eseti ítélkezés egymásba kapcsolódó tevékenységei együttesen jelentik Savigny jogkonceptiójában a jog életét.

Ebből a jogkonceptióból következően a mindennapi élet szokásosan követett normáit, tipikus intézményeit kellett volna a történeti jogi iskolának vizsgálnia, azonban ebben az irányban végül is csak nagyon kevés tanulmány született. A "népszellem"

programatikus felirata helyett az iskola még Savigny életében egyre inkább az analízis-rendszerítő jogtudomány fontosságára tette át a hangsúlyt, és a népszellem általi "ösmegalapozottság" pusztá hivatkozási ponttá süllyedt a későbbiekben. *Georg Friedrich Puchta* (1798-1946) adta ehhez a döntő lökést. Puchta a kiindulópontokat Savigny többretegű jogkoncepciójából meríti, de a jog középpontjába ő már egyértelműen a jogszabályok mögötti jogtudományi-jogdogmatikai kategóriarendszert állította, amelyből mind a jog alkotásánál, mind a jog alkalmazásánál ki kell indulni koncepciója szerint. Ebben a beállításban a jog egy formális logika szerint összezsírozott fogalmi piramis, és a jog továbbfejlesztése a meglévő és összezsírozott jogi fogalmak további tágítását és a logika szabályai szerint további fogalmi levezethetőségek megteremtését jelenti. Ebben a jogkoncepcióban így éppúgy eltűnik a társadalom mindennapi életének normákat kialakító jellege és a jogtudományi kategóriáknak e normáktól való függése, mint a hogy a bírói eseti ítélkezési gyakorlatban való fontosságának hangsúlyozása is.

A későbbi német jogelméleti fejlődés egy sor szempontból a Puchta által megteremtett fogalmi jogtudomány kritikájából tudott építkezni, de ez a sajátosan jogdogmatikára szűkülő jogkoncepció a XIX. század második felében nagyon fontos pozitív fejleményekre is vezetett.

Az egyik ilyen pozitív fejlemény abban állt, hogy ezzel a beszűküléssel a jogi gondolkodás ki tudta taszítani magából a korábban öntudatlanul is figyelembe vett politikai, ideológiai és gazdasági szempontokat, és ennek révén a jog belső logikájának önállóságát biztosító jogdogmatikai kategóriarendszert és összezsírozott jogelveit, noha végletes eltúlzással, de ki tudta alakítani. A későbbiekben, amikor a jogon túli szempontokat bizonyos fokig ismét integrálni igyekeztek a jog koncepciójába, már az *autonóm és rendszeres jogi fogalmak bázisán* lehetett ezt végrehajtani.

Egy másik pozitív fejlemény is eredt e beszűkült koncepcióból a XIX. század második felében. A német egyesítés után napirendre került egységes német jogi kódexek kialakítása, és a "Begriffsjurisprudenz" kategóriarendszere és eredményei nélkül ezek csak a századelőn készült napóleoni kódexek ismétlései lehettek volna, amelyek pedig erre az időre sok szempontból már a franciáknál is anakronisztikussá váltak. De ugyanígy a svájci polgári törvénykönyv, vagy az osztrák, az olasz, a magyar jogi fejlődés is igényelte a német pandekta jogtudomány eredményeit.

*Bernhard Windscheid* (1817-1892) vált végül is azzá a jogtudóssá, akinek munkássága révén egyrészt végső összegzést nyertek a múlt századi pandekta-jogtudomány (ellenfelei elnevezésében: fogalmi jogtudomány) eredményei, másrészt a készülő BGB, a német polgári törvénykönyv kodifikációs bizottságának tagjává választva és a bizottság munkáját alapjaiban meghatározva, bevitte ezt az összegzést a törvénykönyvbe. A BGB első tervezete 1884-ben jelent meg a német jogászok közösségeinek megvitatására, és e tervezet problémái már jól mutatták a pandektisták jogdogmatikára szűkült jogkoncepciójának negatívumait is. A tervezet ugyanis oly mértékben megmaradt az absztrakt-kategoriális síkon, hogy a gyakorló felsőbb bírósági tagok és más gyakorló jogászok számára mint jogtudósi "szörnyszülemény" jelent meg, amely kétségbeejtően távolinak tűnt a konkrét jogesetekre adandó válaszoktól. Windscheid ezután kiszállt a kodifikáció további munkájából, és még a BGB végső elfogadása előtt meghalt 1892-ben, de a törvénykönyv szerkezete a további konkretizálások ellenére az általa megadott keretben maradt máig hatályban.

A pandektajogtudomány jogkoncepciója túlment a magánjog területén, és elsősorban a német államjogban fejtett ki nagy hatást. ezen a területen különösen *Karl Wilhelm Gerber* (1823-1891) és *Paul Laband* (1838-1918) alkotott maradandót. Gerber mint

Puchta tanítványa vitte át az államjog területére a jogdogmatikai-rendszerező jogszemléletet, és később Laband - nagyobb hatással - az ő teljesítményét tett ismeretté.

A fogalmi jogtudomány lezárásaként kell kitérni még az *objektív értelmezésméletre*, ami az 1880-as években kiélezte a Savignyra visszanyúló "jogértelmezési-négyes" (nyelvtani, logikai-rendszertani, történeti és teleológiai) belső feszültségeit, és meghatározott jogértelmezési módszereket mint *szubjektív jogértelmezést* utasított el. Az objektív értelmezésméletet egymással párhuzamosan dolgozta ki *Karl Binding* (1841-1920), *Joseph Kohler* (1849-1919) és *Adolf Wach* (1843-1926), de különösen Kohler megfogalmazásában vált hatásossá. Savignynél még négy egymást kiegészítő utat jelentett a törvényszövegek grammatikai, logikai-rendszertani, történeti és teleológiai értelmezési módszere. A XIX. század folyamán kibomló jogdogmatikai kategóriarendszer, ill. másrészt a törvényalkotás útján létrehozott jogszabályok számának növekvő aránya az összjoganyagon belül hamar kimutatta azt itteni feszültségeket. Az értelmezés elementáris módszereivel - a grammatikaival és a törvény szavait a törvényszöveg egészébe helyező logikaival - különösebb probléma nem volt. A törvényhozó történeti akaratát kutató *történeti jogértelmezési módszer* és az adott törvényszöveget a jog egészének dogmatikai kategóriarendszerébe helyező *rendszertani értelmezés* azonban nem egyszerűen tovább folytatják ugyanabba az irányba a jogértelmezést, hanem egymással szembenálló értelmezési irányokat jelentenek a bíró számára. Míg a történeti értelmezés (vagyis a törvényhozó empirikus akaratát, szándékait kutató "szubjektív" értelmezés) azt jelenti, hogy a bíró a törvény szövegét, szóhasználatának többértelműségét az adott törvény mellé csatolt esetleges miniszeri indoklás és a parlamenti elfogadáskor felmerült más dokumentumok, előkészítő anyagok fényében nézi, és így jut el a *törvény alkotójának ténylegesen bizonyítható akaratának megismeréséhez*, addig a rendszertani (objektív) értelmezést preferáló bíró számára a törvényalkotó szándékai közömbösek, és a törvényalkotása után úgy tekinti azt, mint ami végleg elszakadt politikus alkotójától. Ezzel szemben ekkor a bíró az *adott törvényszöveget a jog egységét kifejező jogdogmatikai kategóriák, distinkciók és jogelvek fényében veszi szemügyre*. Sőt, nem csak a törvényhozó szándéka közömbös számára, hanem maga a törvényszöveg is csak annyiban maradhat érintetlen a rendszertani értelmezés után, amennyiben a szöveg az átfogóbb jogelvekből és jogdogmatikai kategóriákból következő iránymutatásoknak a felmerült jogesettel kapcsolatban megfelel. Joseph Kohler megfogalmazásában az objektív értelmezésmélet szabadsága a törvényalkotóval és a törvényszöveggel szemben így néz ki: "Az interpretációnak a törvényt oly módon kell átgyúrni, hogy benne levő jogelvek a felszínre kerüljenek, és így az egyes törvényi rendelkezések mint e jogelvek folyományai jelenjenek meg...*Azonban a jogelvek nem mindig kapják meg a törvényekben a teljes és zavartalan kifejezést. Ekkor az értelmezés dolga, hogy a törvényi kifejezésekből eltávolítsa az elkerülhetetlen zavarokat, és a nem teljes törvényt a jogelvek szerint továbbfejlessze.*" (kiemelés tőlem - P. B.; idézi: Larenz 1979: 36.) A rendszertani és a történeti jogértelmezési utaknak ez a szembenállása a későbbiekben minden olyan jogrendszerrel felmerült, ahol a politikai törvényhozó mellett a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenység is fontos szerepet kapott az adott ország jogéletében.

A pandektajogtudomány képviselői uralták a múlt század vége felé a német jogi életet, és az európai kontinens minden országra nagy befolyást gyakoroltak. De már az 1860-as években megindult feléjük egy kritika, ami a BGB - a német polgári törvénykönyv - kiadása után, századunk első éveire aztán végleg kiszorította ezt a szemléletmódot a német jogi alakításából. *Rudolf von Jhering* (1818 - 1892) volt az első, aki már 1861-ben szembefordult a pandektista irányzat jogszemléletével. Jhering korábban Puchta "jogfogalmi piramisának" kiindulópontjait radikalizálta, és maga is ennek a megközelítésnek volt a híve. Ebben a korszakában a fogalmi jogtudomány

logikai feszségét a természettudományok módjára kívánta fokozni. Ezzel a radikalizálással azonban hamar kiderült számára, hogy a jog fogalmi világa és az itteni logikai levezethetőségek még egyáltalán nem azonosak a jog gyakorlati érvényességével. Jhering e fordulata után a jog szabályait az eseti alkalmazásnál nem a mögöttes jogdogmatikai kategóriák fényében tartja értelmezhetőnek, hanem a "minden jogszabályt szülő konkrét társadalmi célt" teszi ennek helyére. Ezzel a fordulattal Jhering a jogfogalmak logikája helyett a jogszabályok mögötti társadalmi-politikai erők felé fordítja a figyelmet: az egyes jogszabályoknak társadalmi funkciójuk van, és a jogot így kell vizsgálni, nem pedig egy zárt jogdogmatikai keretben - mondja Jhering a pandektisták jogkoncepciójával szemben.

Jheringnek ebből a kritikájából nőtt ki később a "Begriffsjurisprudenz"-et végleg leváltó "érdekkutató jogtudomány" (Interessenjurisprudenz), amelynek fő alakja *Philipp Heck* (1858-1943) volt. Ez az irányzat bizonyos fókig a történeti jogértelmezéshez kanyarodott vissza, azt hirdetve, hogy az eseti döntésnél a bírácoknak az alkalmazásra kerülő jogszabály történeti keletkezésére kell visszanyúlniuk. Ám ekkor nem a törvényalkotó szubjektív szándékait kell feltárni, hanem azokat a tényleges érdekeket, amelyek a jogszabály létrehozása felé hatottak, és ennek megismerése után a bírónak ennek az érdeknek a figyelembe vételével, azt érvényre juttatva kell alkalmaznia a szabályt. "A súlypont itt eltolódik a törvényhozó személyes döntéséről és a pszichológiailag felfogott akaratáról az e mögötti motívumokra és az ezt ösztönző kauzális faktorokra." (Larenz 1979: 55).

Az érdekkutató jogtudomány nagyban hozzájárult a pandektisták fogalmi feszségre törekvésében rejlő problémák és egyoldalúságok feltárásához. A gyakorlati jogászok problémái az absztrakt és zárt fogalmi rendszerrel szintén egyre élesebb kritikákat vetettek fel a múlt század utolsó éveitől. A BGB 1896-os kihirdetése után a beinduló jogalkalmazási nehézségek még csak fokozták ezeket a kritikákat. Mindezek létrehozták a bírác szabad jogtalálását" meghirdető "szabadjogi iskola" irányzatát. a német jogtudományban. A jog igazi realitását ez az irányzat egyre inkább a mindenkorai bírói gyakorlatban találta meg. Jelentette ez egyrészt a törvényhozó szerepének - és a törvénypozitivizmusnak - a kritikáját, de fő támadási célpontjuk a pandektisták jogdogmatikai pozitivizmusa volt, már csak azért is, mert Németországban ekkor ez az irányzat rendelkezett még nagy befolyással, és a törvénypozitivizmus képviselőit inkább csak Franciaországból ismerhették. A "szabadjogászok" fő képviselői: *Oskar Bülow*, később *Ernst Fuchs* (1859 - 1929) és *Hermann Kantorowicz* (1877 - 1940).

A szabadjogi iskolából indult *Eugen Ehrlich* (1862 - 1922) is, és a jogot a bírói gyakorlatban vélte megtalálni, de később tovább csúsztatta vizsgálódásait, és mint "élő jogot" a mindennapi gyakorlat tömegesen követett szabályszerűségeit állította szembe a csak "írott papíjjal". Ezzel a Savignytól induló kettőség - "népszellem" és ezt rendszerező-szétbontó jogdogmatikai réteg - a Puchta által továbbvitt szárnya mellett e másik irányban is egy sajátosan egyoldalú jogkoncepciót hozott létre. Ehrlich érdeme a jogszociológiai gondolkodás kialakulásában nagy, azonban ez nem feledtetheti el, hogy "élő joga" végletesen leszűkíti a modern jog komplex szerkezetét, mint ahogy a másik irányban a Puchta által továbbvitt "fogalmi jogtudomány" is szűkítést hajtott végre. Az elmúlt évtizedek német jogelméleti gondolkodásában azonban már egy sor szintetizáló jogkoncepció bontotta ki a jog többretegű szerkezetét.

*Hans Kelsen jogelmélete.* Az 1920-as évekre az érdekkutató jogtudomány és a szabadjogi iskola befolyása végleg háttérbe szorította a XIX. század végéig egyeduralkodó jogdogmatikai pozitivizmust a német jogelméletben. Az 1929-ben kezdődő nagy gazdasági - majd nyomában társadalmi - válság okozta feszültségek

nyomán a valamikori feszebb német jogszolgáltatás helyére a felsőbbíróságok jogon túli értékelési szempontokra is figyelő, szociális és igazságossági megfontolásokat esetileg mérlegelő jogfejlesztési szerepe lépett. Ebben a helyzetben elkerülhetetlenné vált a jog sajátos racionalitásának és jogos/jogtalanra leszűkült nézőpontjának felfüggesztődése, és a valamikori elméleti különbségnek tűnő bírói jog és szabadjogi koncepciók a gyakorlati jog realitásával váltak. Ezzel együtt azonban a jogi élet kaotikussá válása egyre több szempontból nyilvánvaló lett az eseteken orientálódó felsőbbírósági gyakorlat nyomán.

Hans Kelsen (1881 - 1973) 1934-ben megjelent "Tiszta Jogtan" című munkáját ebből a szellemi háttérből lehet megérteni. Kelsen a legélesebben szakított a XIX. század pozitivizmusát elvető jogelméleti fejleményekkel, és a legradikálisabban igyekezett szembefordulni a szociologizáló és a természetjogi jogkonceptiókkal. Mint későbbi elemzők írják, Kelsen szigorú jogpozitivizmusa a "német jogtudomány fizetsége" volt a szabadjogászok fellazító hatásának eluralkodása miatt (Larenz 1979: 124). Kelsen hatását nem lehet eltúlozni az elmúlt évtizedekben, oly nagy volt az mind az európai, mind a világ egészének jogelméleti gondolkodására.

Fontos sajátosság Kelsennél, hogy kiindulópontjaiban felülemelkedve a jog keretein az általában vett "társadalmiság" sajátosságait igyekszik az ember biológiai és pszichikai komponenseitől elkülöníteni, és ezt a kiindulópontot az egyes jogelméleti tételek elemzésénél mindvégig következetesen szemmel tartja. Ebből nyert felismerése, hogy a *társadalmiság - és így a jog - sajátos világát nem a fizikai események, az ember fizikai-biológiai realitásában véghezvitt "külső cselekvései" adják, hanem az értelemadások, amelyeket a társadalmiság egyes szféráiban hozzáadnak a "külső cselekvésekhez".* Nézzünk egy plasztikus idézetet ehhez: "A jog társadalmi jelenség, a társadalom viszont a természettől teljességgel különböző ismerettárgy, mivel az elemeknek teljesen különböző összefüggését jelenti. Ha azt akarjuk, hogy a jogtudomány ne olvadjon a természettudományba, akkor a jogot a legvilágosabban el kell választanunk a természettől...Ha a jognak nevezett tényállások közül valamelyiket elveszünk... két elemet különböztethetünk meg benne: az egyik a térben és időben lejátszódó, érzékelhető aktus, külső történet, többnyire emberi magatartás; a másik pedig egy ezen aktusban vagy történetben bennrejlő vagy hozzátapadó értelem, sajátos jelentés." (Kelsen 1988: 1-2).

A társadalmiság tehát a biológiai-pszichikai történések fölött helyezkedik el, és a társadalomtudományban így elkülönítve kell a társadalmi jelenségeket vizsgálni, nem pedig naiv-antropomorfizáló módon. Kelsen azonban továbbmegy ezután, és a jog specifikumát igyekszik megtalálni az így felfogott társadalmi léten belül. Igazán eredeti adaléka az erre adott válaszában van. Kelsen ugyanis szakít a jogot *magatartási szabályokra* visszavezető kiindulóponttal, amely evidensnek tűnik, épp ezért soha senki nem kérdezett e mögé, és abból indul ki, hogy a jog területe túl van az emberek felé kíváncsatos, követelt vagy tiltott magatartási szabályokat előíró normák világán. Ezek a normák az erkölcs területére esnek, és a jog ettől élesen elkülönül. A jog olyan normatív rend, amely éppen hogy a más magatartási normarendek által megkövetelt vagy kíváncsatosnak tartott magatartási szabályok *kontradiktórius ellenpárjaira épül*, és azt mondja, hogy amennyiben ezek megtörténnek - mint a jog számára külső történések -, akkor a jog működésbe lép, és jogkövetkezményt fűz hozzájuk. A jog világa tehát nem a tiltott, követelt magatartási normákból áll, hanem ezek kontradiktórius ellentéteit és egy-egy jogkövetkezményt összekapcsoló technika. (Ha X...akkor Y.) A kívánt, követelt vagy tiltott normák a jogon túl az erkölcsi szférához tartoznak. A jog így nem is az állampolgárokhöz, hanem a jogalkalmazó hatóságokhoz szól, hogy amennyiben a jogalkotó által előírt életbeni tényállások bekövetkeznek, akkor indítsák be a jogalkalmazó gépezetet, és róják ki a jogszabályban felőlük kötelezővé tett jogkövetkezményeket. A jog tehát

jogkövetkezményekből és ezek esetenkénti "lehívásából" áll. Ennek mintája Kelsen számára a büntetőjog és a közigazgatási jog, de a magánjog is felfogható így. A magánjogi jogosultság alanyának az alanyi joga egy szituációban azt jelenti, hogy - a jogszabály által felhatalmazva - ő is részt vehet a jogkövetkezmények lehívásában, (elindíthatja azt perindításával).

Következő jellemzője Kelsen jogelméletének, hogy az erkölctől és egyáltalán az emberek felé magatartási normákat előíró normarendektől elkülönített *jogot teljes mértékben összeköti az állammal*. Az állam ugyanis nézete szerint nem más, mint a jogi kényszerrend - előírója és mozgató-alkalmazó apparátusa felől szemlélve. A jog és az állam ezzel a szűkítéssel tehát egybeesik (Kelsen 1988: 64-69.)

Kelsen mehökkentő és eredeti elgondolásait csak az eltérő jogkoncepciók folyamatos ütköztetésével és ezek állandó szem előtt tartásával lehet kritikailag megközelíteni. (Az elmúlt évtizedekben ezért óriási jogelméleti irodalom igyekezett megbirkózni a kelsen jogelmélet egyes tételeivel.) Itt csak arra kell rámutatnunk, hogy Kelsen a normákra koncentrálna nem veszi figyelembe a "jogi technikák rendszeres-ellentmondásmentes" működéséhez nélkülözhetetlen és az államtól szükségszerűen elválasztott jogdogmatikai-jogtudományi tevékenységet. *Egy sajátosan féloldalas montesquieu-i törvénytörvénypozitivizmust találhatunk nála: a bíró számára az állam parancsa egy-egy törvényhelyben pontosan megadja a kereteket a döntéshez. Ez Montesquieu hite Kelsennél is, amely kizárja, hogy a törvényhelyek ezreit különböző jogdogmatikai modellekben kelljen összekötni: "Azok a 'tudományos kommentárok', amelyek állítólag a törvényalkalmazás tevékenységének a támogatására hivatottak, teljességgel jogpolitikai jellegűek."* (Kelsen 1988: 55). Másrészt azonban elismeri, hogy az egyes törvényhelyek keretei között a bírák sok szempontból mérlegelhetnek, és miközben tagadta, hogy ezeket a 'hézagokat' a mögöttes jogdogmatikai kategóriák és elvek egymásra-vonatkoztatásaival kell kitölteni - ez csak a jogtudósok jogpolitikai ambíciója -, addig erkölcsi és igazságossági szempontok alapján lehetők látja ezek betöltését. *Mindent az államnak és ami esetleg marad a törvényhelyek réseiben, azt az erkölcsnek, ám semmit a jogtudományi-jogdogmatikai rétegnek* - így foglalható össze Kelsen jogkoncepciója. Hozzáteve, hogy a törvényhelyek réseiben már nem a jogról van szó.

Összehasonlítva a jogdogmatikai jogpozitivizmussal ezt a jogkoncepciót, az pedig éppen az állami parancs lehetőségét tagadta a jogban és a jogászság jogdogmatikai tevékenységét állította a jog középpontjába, és az egyes joghézagokban sem a direkt erkölcsi szempontokat, hanem a jogdogmatikai elvek egymásra vonatkoztatásait tartotta illetékesnek. Másik oldalról összehasonlítva Kelsen elméletét John Austinéval, az utóbbinál a fő eltérés tőle abban áll, hogy Austin a "jog állami parancs"-tétele kimondása után a mögöttes jogdogmatikai kategóriákat is behozza a jogba. (Lásd Austin jogelméletének érintését a következő részekben.)

Kelsen nézetei sok szempontból hozzájárultak a szabadjogi iskolától való elforduláshoz és a jog belső logikájának fokozottabb középpontba állításához a későbbi német jogelméletben. Extrémításig következetes nézetei azonban a gyakorlati jog életében mint jogkoncepció soha nem váltak - nem válhattak - dominálóvá.

### 1.2.2. A francia jogelmélet fejlődése

A francia jogfejlődés sajátosságai miatt hosszú ideig nem tudott kialakulni komoly jogtudományi gondolkodás, és csak az 1700-as évek elejére sikerült a gyakorlati



jogesetek pusztá leírásán túl átfogóbb jogtudományi munkákat létrehozni. *Jean Domat* (1625-1695), majd nyomában *Robert Joseph Pothier* (1699-1772) a magánjogi joganyagot átfogó tablókbá összegezték, és a francia Code Civil készítője, *Jean Portalis* jórészt az ő műveket alapulvéve szerkesztette meg ezt a máig hatályos kódexet. Eltekintve tehát a római jog 1200-as évekbeli korai glosszátoraitól, Franciaországban elméleti jogi gondolkodás csak a forradalom előtti néhány évtizedben ért el egy magasabb színvonalat.

A forradalom és az azt követő események azonban ismét hosszú időre visszavetették az elméleti jogi gondolkodás lehetőségét. A jogi egyetemek bezárása és feloszlátása miatt egy egész generáció esett ki a jogászképzésből, és csak az 1820-as évektől indult meg a jogi élet majd a jogászképzés újrászerveződése. A francia jogelmélet ez idő tájt polárisan szembenálló pozíciókból indult ki, mint a németeknél éppen ekkor virágzó történeti jogi iskolánál és vezéralakjánál, Savignynál volt látható. Francia földön a "meglévő" kötőereje a szuverén állami jogalkotó felé már Jean Bodin óta nem merült fel, és ez a múlt század elejére a jog állami akaratra történő visszavezetésének extrém erősségű fokát hozta létre a francia jogfelfogásban. Ebben a felfogásban a jog a törvények szövegével egyenlő, és ez a szöveg teljes mértékben megadja a bíró számára azt, ahogyan döntenie kell az elé tárt ügyekben. E jogfelfogás végig uralkodó pozíciót foglalt el a XIX. század folyamán, és képviselői, mint az "école de l' exégese" (exegétikus iskola) irányzata vonultak be a jogelmélet történetébe. A múlt század első felében az irányzat fontosabb képviselői közé tartozott *Alexander Duranton* (1783 - 1866), aki a Code Napóleon anyagát 22 kötetben kommentálta exegétikus - szószerint értelmező - stílusban. *Maurice Troplong* évtizedekig a francia Kasszációs Bíróság elnökeként a bírósági hierarchia első emberének is számított, és "fantáziadús" értelmezése az exegétikus értelmezés extrémításig elvitt csúcspontját jelentette, amely az egyes törvényhelyeket a törvények szövegében minden rendszertani vagy történeti összefüggés nélkül csak önmagukban vette alapul az ítélkezésében és ez alapján írt tanulmányaiban (Fikentscher 1975 Band 1.: 443).

Az exegétikus iskolából a kivezető utat egy német jogtudós, *Charles Salomo Zachariae* (1769 - 1843) már nagyon korán megmutatta a franciák számára. Mint a történeti jogi iskola képviselője már 1811-ben vaskos kétkötetes monográfiában dolgozta fel az akkor alig néhány éve megjelent Code Civilt, és egy mögöttes-rendszeres kategóriakészlet feltárására törekedett ebben. Zachariae munkája a későbbiekben nagy hatást váltott ki az újjáéledő francia jogtudományban, és *Aubry, ill. Rau*, strassburgi jogászprofesszorok e minta alapján a század második felére az exegétikus iskola pozícióiba a német pandektista jogdogmatikai gondolkodást igyekeztek bevinni. A francia jogászságban ható feltétlen államtisztelet azonban számukra is csak korlátozott mértékben tette lehetővé a szövegtől a jog egész rendszerének logikája felé való fordulást. Az exegétikus jogértelmezés mellé ezért ők is elsősorban a törvényhozó "történeti akaratának" kutatását állították, és csak másodsorban az átfogóbb rendszertani követelményeket.

A jogi gyakorlat számára ez a jogtudomány nem sok hasznosat tudott adni. A szó szerinti törvénykönyv követést "mímelő" bírói kar és a perekben eljáró más gyakorlati jogászok előtt e jogfelfogás illuzórikussága néhány évtized alatt világossá vált, és a kritikai hangok után a múlt század vége felé a jogászság köreiben is megindult az exegétikus jogi iskola felbomlása. Ebben az időben a iskola jelentősebb képviselői - pl. *Charles Beudant, Bufnoir, Labbé* - már beszálltak a felsőbbbíróági döntéseket átfogóbb összefüggésekbe illesztő és azokat így kommentáló "analitikai jegyzetek" készítésébe, és ez egyre inkább eltávolodást jelentett az exegétikus pozícióktól.

A tényleges szakítást ezzel a módszerrel először *Raymond Saleilles* (1855-1912) tette meg, aki a törvénysszöveg szabadabb kezelése mellett a bírói gyakorlatban alakuló

szokásjognak a törvénnyel egyenlő jogforrás szerepét is elismerte, és jogászprofesszorként ebben a szellemben tanított. A keveset publikáló Saleilles után tanítványa *Francois Géný* (1861-1959) vitte végig a "mester" gondolatait, és egy 1899-es nagy monográfiájában rendszeres bírálatban mutatta ki az exegétikus iskola jogkoncepciójának tarthatatlanságát. Géný jogkoncepciója a XX. századi Franciaországban domináló iskolát hozott létre, amely mint "école scientifique" (tudományos iskola) ismert. Géný felfogásában a jogtudós "szabad tudományos kutatása" és a bírói joggyakorlat éppúgy hozzájárul a jog alkotásához, mint a törvényhozó tevékenysége.

A franciáknál azonban a tiszta bírói jog koncepciója soha nem tudott olyan komoly jelentőségre szert tenni, mint ekkoriban a németeknél a "szabadjogi iskola". Az 1930-as években néhány képviselője ugyan itt is akadt e koncepciónak - pl. *René Savatier* -, de visszhangtalan maradt jogfelfogásuk a francia jogászság köreiben.

A bírói jog koncepciójának sajátos változatát hozta létre ugyanebben az időben - tehát az 1930-as években - *Jacques Maury*, aki a törvényhozó szövege és történeti szándéka helyére a bírói gyakorlatot állította, de ennek a háttéréként a jogászság egészének konszenzusát emelte ki. A bírói gyakorlatban kialakított szabályok ugyanis nézete szerint csak akkor lehetnek érvényes jogi szabályok, ha azok a jogászság egészen belül a többség konszenzusát élvezik, és itt elismertté válnak. Ha némileg szociologizáltabb formában is, de ez a múlt századi pandektista jogfelfogás pozícióit idézi. (Ott ugyanis a jogászság által kezelt jogi kategóriák logikai egysége és az erre való visszavezethetőség adta egy szabály érvényességét, míg itt a jogászság általi elismertség.) Ám mindkettőben a "jogászi jog" emelkedik a törvényhozó alkotásai helyébe.

A franciáknál *Leon Duguit* (1859-1928) jogkoncepciója jelenti azt, amit a német jogelméleti fejlődés a századfordulóra kialakult végpontjánál Eugen Ehrlich "élő joga" jelentett a törvényhozó által alkotott "papíjjoggal" szemben. Duguit teljes mértékig szociologizálta a jog felfogását, és a mindennapi gyakorlat szabályszerűségeit mint "objektív jogot" állítja az állam által alkotott írott jog elé. Az utóbbi csak konstatálhatja az "objektív jog" szabályait, de ha eltér tőle, akkor nem érvényes az állami jog. A jogelméletben izgalmakat okozott ez a felfogás, és Amerikában nagy sikert is értek el Duguit írásai, mint ahogy Ehrlich jogkoncepciója is itt volt a legsikeresebb, de a tényleges francia jogéletben minden hatás nélkül maradtak nézetei. Az exegétikus iskolától ilyen messze azért nem lehet eljutni.

### 1.2.3. Az angol jogelméleti fejlődés

A kontinentális Európa országaiban az újkor hajnalára különböző fokban végbement a római jog recepciója, és ez az egyes esetekhez kötött joganyag fölött egy absztraktabb és rendszerezettebb jogelvi-jogdogmatikai kategóriarendszert hozott létre. A filozófiai szinten tudatosodó, logikai fessséget erősebben igénybevevő jogtudományi gondolkodás így itt az 1700-as évekre az egyes országok jogéletének nélkülözhetetlen részévé vált. Ennek bázisán érthető a modern kontinentális jogelméletek 1800-as évektől felvirágzó sokszínűsége és nagy hatásuk a gyakorlati jog életére. Nagy-Britanniában ezzel szemben megakadt a római jog recepciója - Skócia kivételével -, és ez hamar elsorvasztotta az 1400-as évekig még ígéretesen fejlődő angol elméleti jogi gondolkodást. Ennek révén itt nem ment végbe az eseti konkrétságú joganyag absztraktabb kategóriarendszer köré szerveződése és ilyenképpen történő racionalizálása, hanem inkább az eseti bírói döntéseket mint kötelező

precedensanyagot igyekeztek formalizálni, és így elérni a modernebb körülmények által megkívánt kiszámítható jogszolgáltatást. Ez a formalizálódás felerősítette a joggyakorlatban a korábbi precedenseken orientálódás kötelezettségét, pontos szempontokat és útmutatásokat adva az ezek közötti kiigazodáshoz. *Másrészt azonban ennek megteremtéséért egyre inkább kiszorította a jogéletből az absztraktabb jogelvek, jogi érvek felhasználását.* A XIX. század fordulójára ez a fejlődés elérte a csúcspontját, és az angol jogot a legmerevebb precedens-kötöttség - a "stare decisis"-elvé - jellemezte ez időszaktól kezdve. Szemben tehát a kontinentális Európa országaival - és elsősorban a német jogi élettel - az angol jogrendszer e korban minden szempontból ellenségesen viszonyult az elméleti jogi gondolkodáshoz.

*John Austin* (1790 - 1859), a XIX. századi angol jogelmélet egyetlen igazán jelentős gondolkodója így tehát kilátástalan harcot vívott egy átfogó jogelmélet megteremtéséért. Austin jogelméletében két fontos mozzanatot kell kiemelni, amelyek a későbbiekben a továbbvitelek folyamán nagy hatást fejtettek ki. Az egyik ilyen jelentős mozzanatot jelentette nála a jog "mint a szuverén állam parancsainak"-felfogása, másik mozzanatként pedig a jogszabályok fölötti rendező-analitikai jogi kategóriák középpontba állítása emelhető ki jogelméletéből. Az austin jogelmélet e két jellemzője Austin gondolkodásában fokozatosan kristályosodott ki. A múlt század első évtizedeiben - elsősorban *Jeremy Bentham* (1748-1832) társadalomfilozófiájának befolyása alatt - az angol common lawtól idegen állami jogalkotás, és a mindenkor jogi állami akaratra történő visszavezetésének tételét dolgozta ki. "A jog a nem korlátozott szuverén parancsa, amelynek az alávetettek szokásosan engedelmeskednek." (idézi: Hart 1961: 18) Ezt a jogkoncepciót igyekezett rendszeresen végiggondolni, és teljesen egyedülálló módon a kor Angliájában, egyetemi előadássorozatokban tárta ezt az értelmiségi rétegek elé. A Bentham eszméi iránt érdeklődő filozófusok és más társadalmi gondolkodók számára bizonyos érdekességet jelentettek Austin eszméi, de ők a specifikusabb jogi problémák iránt már kevésbé voltak fogékonyak. Az angol jogászság pedig tökéletes közönnyel ment el az angol jog szellemétől idegen eszmék mellett.

A közönybe fulladt kísérlet után Austin Németországba települt át, és húsz éven keresztül ott tanulmányozta az éppen kibontakozó történeti jogi iskolát és Puchta jogi koncepcióit. A római jogi kategóriák szisztematizálásai elementáris hatást tettek rá, és ekkor válik fontossá számára a "jog mint az állam parancsai"- koncepció mellett a *jogszabályok mögötti analitikai-rendszerező kategóriák kidolgozásának szükségessége*. Angliába visszatérve erről az oldalról veszi szemügyre az angol jogéletet, és újrakezdődő egyetemi előadásaiiban a korábban jogtudósi példaképének tekintett Blackstone eseti jogi gondolkodását támadva egy egységes kategóriarendszer kialakítását kísérli meg az angol jog számára. Saját korában sikere ebben a vonatkozásban is csekély volt, és csak halála után kiadott előadásjegyzetei nyomán kezdték felhasználni Austin eszméit az angol nyelvterületen.

A magányosan tevékenykedő Austin halála után Angliában a XIX. században még hosszú ideig nem alakult ki egyetemi jogászság - a jogázképzés az ügyvédi irodákban és a nagy jogászcéhek, szervezetek szervezésében folyt tisztán gyakorlati jelleggel - és csak a század végére kezdődtek el rendszeres egyetemi előadássorozatok különböző jogi tárgykörökben. Ebben a szellemi légkörben csak néhány bevezetés jellegű jogelméleti könyv születhetett, ezek azonban sok szempontból támaszkodtak Austin munkáira. Elsősorban *Salmond* neve említhető ezek közül, aki Austin "parancselméletét" tudatosan elvetve inkább analitikai jogszemléletét, vagyis a szabályok fölötti jogi kategóriarendszert kiemelő jogkoncepcióját igyekezett továbbvinni. Az angol jogelmélet teljesítménye azonban gyenge maradt egészen századunk közepéig, és inkább az amerikai jogelméletek bontották ki magasabb szinten Austin analitikai jogelméletének vonásait.

A hosszú szürkesség után *H. L. A. Hart* (1907 -1993) hozott megújulást az angol jogelméletben az 1950-es évektől. Hart legfontosabb munkája az 1961-ben megjelent "A jog fogalma" (*The Concept of Law*) c. könyv. Hart visszanyúl Austin elméletéhez, ám parancselméletét elvetve kitágítja a jog forrásainak körét, és a precedensalkotás révén létrejövő jogot is a jog részeként ismeri el. Főbb téziseit a következőképpen lehet összefoglalni.

1. A jognak két eltérő természetű területe van, és legtöbb jogelmélet ott fut félre, hogy valamelyik irányba leszűkíti a jogot, és a másik területet vagy csak mint lényegtelen részt kezeli, vagy igyekszik azt is átértelmezni a jog "másik felének" megfelelően. A büntetőjog és az itteni szerkezetet átvevő jogterületeken az *egyes egyének felé kötelességeket, tilalmakat előíró szabályok* adják a jog egyik felét, ám a magánjog és az ennek szerkezetét átvevő jogterületeken a jogszabályok csak a *"jogi hatalmat ruházzák át"* (power-conferring rules). Pl. az öröklési jog szabályai jogi hatalmat ruháznak a polgárra, mint örökhagyóra azzal, hogy amennyiben bizonyos feltételek mellett (pl. két tanú jelenlétében) tesz meg bizonyos cselekményeket, akkor ezekhez jogi kikényszeríthetőséget kölcsönöz a jog gépezete. A jog két területét tehát a "jogi erőt kölcsönző szabályok" és a "kényszerítő szabályok" adják. Hart példája a hibás jogelméleti szűkítésekre Kelsen "Tiszta Jogtana", amely csak a másodikat tekintette jognak - ott is csak a jogkövetkezmény alkalmazására szűkítve -, és az elsőt (a jogerőt kölcsönző szabályokat) csak ezek képére átszabva veszi figyelembe (Hart 1961: 35).

2. *A jognak ez a két területe azonban még csak az elsődleges szabályok szféráját adja*, és mint a fejezet első részében jeleztük, Hart a jog specifikumának az *elsődleges szabályok mögött létrejövő másodlagos szabályok* kialakulását tekinti. Az elsődleges normák képződése minden közösségben, még a legprimitívebb fejlődési fokon is megindul. Azonban e normaanyag (egy része) csak három feltétel fokozatos teljesítésével specifikálódik, "szigorodik" joggá. A jog fejlődésében és a társadalom elsődleges normavilágán belüli specifikálódásban három "másodlagos szabály" formálódik ki: 1. a már vázolt "elismerési szabály" (rule of recognition); 2. az elsődleges szabályok változtatásának rendjét rögzítő "változtatási szabály" (rule of change); 3. és az elsődleges szabályok egyedi esetre alkalmazását végző személyek és szervek körét pontosító "jogszolgáltatási szabály" (rule of adjudication).

Látható talán e rövid vázlatból is, hogy Hartra nagy hatást gyakorolt Kelsen elsődleges és másodlagos normáinak distinkciója, csak míg Kelsen az állampolgárok felé irányuló magatartási szabályokat mint erkölcsi stb. normákat másodlagos normákként kirekesztette a jogból, addig Hart - kifejezett kritikával élve Kelsennel szemben - beemeli ezeket is. Hart "másodlagos szabályai" azért különösen fontosak, mert olyan észrevétlenül működő mechanizmusokra irányítják a figyelmet, amelyek épp magátólértetődőségük miatt maradnak ki rendszerint az elemzésből. Különösen a "rule of recognition" - a jogként elismerés szabálya - ad fontos fogódzót a különböző jogrendszerek összehasonlítására. (Dworkin későbbi Hart-kritikájában a "jog mesterszabályának" (master rule) nevezte ezt a másodlagos szabályt Hart jogelméletében: Dworkin 1987: 9.) Ilyen általánossági szinten rögzítve ezt az aspektust, összehasonlíthatóvá válik pl. az autoritatív szövegek jogként elismerése, vagy a törvénybeiktatással történő jogteremtés előírása, de ilyen lehet a speciális személyek általános deklarációinak jogként elismerése, vagy a múltbeli bírói döntések jogként kötelezővé tétele, mint azt az angolszász jogok "stare decisis" szabálya példázza.

3. Az egyes jogrendszer alapja így nem a kényszer - mint Austin vagy Kelsen elméletében -, hanem az a másodlagos szabály, amely eldönti, hogy milyen forrásból származhat a jogként elismert norma. Hart ezért különbséget tesz a jogforrasi

hierarchia dimenziójában legfelső (supreme) szabály - ami az alkotmány - és az egész jogrendszert megalapozó "végső" (ultimate) szabály - az elismerési szabály - között. Ha az utóbbi esetleg nincs is az alkotmányba vagy egyáltalán bármilyen formalizált jogszabályba foglalva, akkor is ez adja az egész jogrendszer alapját - egyszerűen annál fogva, hogy az egész jogi rendszer működése *ténylegesen* ezen nyugszik. (Ennek helytállóságát úgy is próbára tehetjük, ha pl. gondolatilag eljátszunk egy törvényjavaslat benyújtásának tervével Magyarországon, amely egy jogforrási törvényben a jövőben az angol precedenskövetés modelljének útján írná elő a hatályos joganyag kialakítását...)

4. Végül fontos mozzanat Hart jogkoncepciójában a jog és a morál szféráinak szigorú elválasztása. A jog esetében a morál szférájának egy belső területe fontos különösen: az igazságosság standardjai, amelyek "egyenlő esetekben egyenlő mércét" írnak elő mások megítélésében. Az igazságosság a terhek és javak egyenlőség szerinti elosztását követeli meg, és ez az elkülönült jogrendszerben is jelentkezik. Hart megoldása megegyezik Kelsenével: a morál és benne az igazságosság standardjai a jogtól elkülönülnek, de a jogszabályok "nyitott természetű szövegei" (open texture of law) amelyek általános keretet szabó jelleggel mutatnak irányt a bírói döntéseknek a jogszabályi részekben, az értelmezésben a *jogon túli* morális standardokkal gazdagíthatóak (Hart 1961: 122-125).

Hartnak ez a koncepciója nagy hatást váltott ki nemcsak Angliában és a szélesebb angol nyelvterületeken, hanem a kontinentális Európa országaiban is a 60-as, 70-es években. Angol kritikusai elsősorban a jog és morál területének éles különválasztását támadták Hart jogkoncepciójában, és pl. *Lon Fuller* ennek korrekcióját igyekezett elvégezni. Igazi ellenfelét azonban Hart *Ronald Dworkin*-ban találta meg. Dworkin támadása Hart jogkoncepciójával szemben a jog szabályokra szűkítése ellen irányult már a 60-as évek végétől. Dworkin ugyanis nem a merev precedens- és törvényszöveg-kötöttséggel jellemezhető angol jogéletből indult ki, hanem az átfogóbb jogelvekre és absztrakt alkotmányos alapjogokra is alapozó amerikai joggyakorlatot veszi mintaként. Erről az alapról kiindulva aztán kimutatja, hogy a szabályok mellett a jog "fölköttes" rétegeként ott vannak a jogelvek és az alapjogok, amelyek szabályok nélkül is irányt mutatnak a bírának, sőt, ha a szabályokból olyan ítélet következne, amely szemben állna a jogelvekkel és az alapjogokkal, akkor ez utóbbiakat kell figyelembe venni (Dworkin 1977a: 76).

Programatikus írásának címe "Vegyük komolyan az alapjogokat" (Taking Rights Seriously) visszaadja Dworkin jogkoncepciójának lényegét. Következétesen végiggondolva és részletesebb fejtegetéseinek hangsúlyait figyelembe véve azonban inkább úgy lehetne megfogalmazni ezt a jogkoncepciót, hogy *csak az alapjogokat vegyük komolyan*, és ütközés esetén mind a törvény szabályainak, mind az esetleges bírói precedenseknek is háttérbe kell szorulniuk. A jog súlypontja ezzel átkerülne az alkotmánybíráskodásra és az absztrakt alapjogi-jogelvi rétegre. Angliában ez a követelés a gyakorlati jog élete szempontjából természetesen csak utópia lehetett, de az egyetemi jogászság köreiben nagy szellemi izgalmakat okozva, Dworkin sok szempontból Hart jogkoncepciójának háttérbe szorulását idézte elő. Amerikában azonban minden szempontból átütő sikert könyvelhetett el magának Dworkin, és az alapjogi alkotmánybíráskodás további lendületét hozta létre az elmúlt évtizedekben. A kontinentális Európa nyugatibb országaiban szintén nagy hatást tudhat magának ez az "alapjogi jogkoncepció", és különösen Németországban a jogelméleti frontok átrendeződését eredményezte. A Dworkin eszméit továbbvivő "konstitucionalisták" és a hagyományos jogdogmatika által pontosított törvényszövegrétegekhez jobban ragaszkodó "legalisták" szembenállása itt a jogelmélet legfontosabb frontvonalait jelentik (lásd Dreier 1988: 145).

#### 1.2.4. Az amerikai jogelmélet fejlődésének vázlata

Az Angliától elszakadó amerikai gyarmatok jogi élete a XIX. századtól kezdve mindinkább erősödően kimutatta az angol anyaország jogrendszerétől való eltérését. Az írott alkotmány, majd benne az alkotmánymódosításokkal belekerült alkotmányos alapjogok már a kiindulópontban átrendezték az Egyesült Államok jogi életének szerkezetét. Ugyanígy szemben állt az amerikai jogászság és bírói karának szerveződése az angol modellel. Míg Angliában a "barristerek" országos egyesületei kontrollálhatták az angol common law minden részletét - így alkotását is-, és a zárt barrister körből rekrutálódó szűk körű bírói szervezet egy csúcsban - a Lordok Házában - összefutva teljes mértékben rendelkezett a joggal, addig az Egyesült Államokban széteső és egymással szemben konkuráló ügyvédi réteg adta a jogászságot, és a decentralizált tagállami és önkormányzati szerveződés a bíróságok sokaságát hozta létre. Mindezek révén itt nem lehetett megvalósítani az angol jogélet szerveződésének jellemzőit. A jog szétagoltsága következtében egyre inkább az országos hírű egyetemek jogi karai, jogi iskolái váltak a jog egységének kifejezőivé, és ez az egyetemi jogászság pozícióit javította - szemben a vázolt angol helyzettel.

Ilyen háttér mellett válik érthetővé, hogy a XIX. századi szegényes angol jogelmélettel szemben Amerikában hamar fejlődésnek indult az elméleti jogi gondolkodás. John Austin "kettős" jogkoncepciójából itt is az analitikai jogelméleti rész vált hatásossá, mint ahogy Angliában Salmond is ezt vitte tovább. Különösebben jelentős jogelmélet - egy kivételével - azonban itt sem született a XIX század folyamán az analitikai jogi iskolán belül. Az egyetlen befolyásos jogelméleti koncepciót az analitikai koncepción belül *Wesley Newcomb Hohfeld* (1879-1918) hozta itt létre. Hohfeld az alapvető jogi koncepciókat elemezte, és egy egységes kategóriarendszerben igyekezett a jog személetet megadni. Korai halála után kiadott kis jogelméleti kötete századunk első felében nagy hatást gyakorolt az amerikai jogéletben.

Ezt az analitikai jogelméletet két fontos befolyás szorította vissza a múlt század végétől. Az egyik fontos fejleményt az egyetemi jogi oktatás átalakítása jelentette. *Christopher Columbus Langdell* (1826-1906) neve nem annyira jogtudományi munkáival maradt fenn az utókor számára, mint inkább a Harvard Egyetem Jogi Karának dékánjaként végzett újjó munkájával. Langdell ugyanis az 1870-es évek elején szakított az amerikai egyetemi jogászképzésben bevett, absztrakt jogi kategóriák oktatásának módszerével, és kidolgozta a szigorúan *jogi eseteken keresztül történő jogi oktatás módszerét*. Ennek lényege volt, hogy a diákok egy-egy szűkebb jogterület főbb elveit, kategóriáit nem összefoglalt és absztrakt módon tanulták meg, hanem e kategóriákat megvilágító és pontosan kiválasztott jogesetek feldolgozásán át. A jogi egész szemlélete így az absztrakt kategóriarendszerről átkerült a konkrét jogesetek szintjére. Bizonyos fokig visszatérés volt ez az eredeti angol ügyvédi irodák képzésének szelleméhez, ám itt egyrészt tudatosabban az összjogrendszerre tekintettel került sor a jogesetek kiválasztására - és nem a véletlen ügyvédi praxisnak alárendelten -, másrészt az egyetemi légkör szellemítettebb közegében maradt a jogászképzés a gyakorlathoz fordulás ellenére, szemben az ügyvédi irodák partikulárisabb szokásait is szocializáló "ügyvédi inaskodással". Langdellnek ezt a módszerét néhány évtized alatt átvette a legtöbb jó hírű amerikai jogi egyetem is, és ez a jogászság egész szocializációját az eseti szemlélet felé közelítette.

A másik jelzett fontos hatást a múlt század végén *Oliver Wendell Holmes* (1841-1932) tevékenysége jelentette a modern amerikai jogelmélet formálódásában. A leghatásosabban ő fordult szembe az analitikai jogszemlélettel. Három irányban kell

megvizsgálni Holmes jogkoncepciójának pozícióit, hogy megérthessük ennek lényegét.

Kritikája az 1880-as évektől kezdődően elsősorban az analitikai jogelmélet *absztrakt-rendszerező jellege ellen irányult*, és ezzel szemben a jogot mint a bírói gyakorlat szabályszerűségeit fogta fel. Híres mondása később a bírói jog amerikai híveinek jelmondata lett. "Annak megjósolása, ahogy a bíróságok meghatározott esetekben dönteni fognak, és semmi ezen túlmenő dolog az, amit én a jog alatt értek." (Holmes 1897; idézi Fikentscher 1975 Band II.: 181). E jogkoncepció tehát a jog kategóriális-jogdogmatikai rétegének tagadását és a bírói kazuisztika középpontba emelését teszi meg. Holmes azonban egyben radikális demokrata beállítottságú is, és ebből a jog végső, parlamenti törvényhozással történő, szuverén megállapítását vonja le következtetésként. *A jog rétegei közül tehát Holmes a jogtudományi-jogdogmatikai réteget háttérbe szorítja, de a bírói jog felé eltolódva egyben még a politikai jogalkotást is akceptálja.*

Ez megadja a harmadik irányban is pozícióit: *az alkotmányos alapjogok rétegéhez való viszonyát.* Holmes többéves tudományos és ügyvédi tevékenység után először egy tagállami bíróság, majd 1902-1932 között az Egyesült Államok Legfelső Bíróságának bírója lett. E 30 éves főbírói tevékenységével Holmes tartósan befolyásolni tudta közvetlenül is az amerikai jogéletet és a jogelméleti gondolkodást. *Ebben a korszakában vált döntővé gondolkodásában az alapjogokat extenzíven kihasználó, aktivista alkotmánybíráskodással szembeni beállítódása*, és ezt ítéletek százaiban demonstrálta. Jól kifejezi ezt a beállítódását egy tagállami prohibíciós - az alkohol árusítását megtiltó - törvénnyel kapcsolatban kifejtett álláspontja: "Én távolról sem azt akarom állítani, hogy ezt a törvényt egy átgondolt rendelkezésnek tartom. Ez nem az én feladatom. Azonban, ha New York állam népe az általa választott képviselők száján keresztül értésre adta, hogy ezt a törvényt kívánja, akkor én nem látok semmi olyat az Egyesült Államok alkotmányában, amely megakadályozná ennek az akaratnak a kinyilvánítását." (Idézi: Fikentscher 1975 Band II.: 180). Az absztrakt alkotmányos alapjogokból természetesen minden esetre dedukálni lehet egy (sőt, több!) "alkotmányos megoldást", amelyre támaszkodva mint alkotmányellenest lehet megsemmisíteni a parlament törvényeit, azonban Holmes radikális demokrata felfogása nem engedte meg az ilyen aktivista alapjogi felfogás uralomra jutását.

Holmes nagy hatását - a 30 éves főbírói befolyás mellett - jogkoncepciójának többértelműsége és ennek több irányba továbbvihetősége adta. A XX. század első felének amerikai jogelméleti fejlődése sok szempontból Holmes jogkoncepciójának egy-egy oldalú továbbvitelét jelentette.

*Roscoe Pound* (1870-1964) a századforduló után az első évtizedekben Holmes pozícióit a bírói jog felé közelítette, és a jogfejlődés súlypontját erőteljesebben a bírói gyakorlathoz kötötte, mint az Holmes törvényhozás-tiszteletéből következhetett volna. Pound középponti tétele a "law in book and law in action" ("papírjog és a gyakorlati jog") kettőse volt, és ezt szem előtt tartva csak kis szabadságot engedett a törvényhozó jogalkotási aktivitásának (lásd: Kulcsár 1976: 48-49). A későbbiekben radikalizálódó amerikai bírói jogi irányzat - a jogi realisták - pozícióival szemben azonban Pound is fellépett. Míg korábban fő ellenfélnek az analitikai jogszemléletet tekintette, addig az 1930-as évektől a jogi realizmus kizárólagos bírói jogfejlesztést hirdető koncepcióit támadta írásaiban.

Ezt a kiegyensúlyozottabb jogkoncepciót láthatjuk *Benjamin N. Cardozo* (1870 - 1938) műveiben is, ám ő - szemben Holmes és Pound jogkoncepciójával - *a jog mögöttes kategóriális rendszerét is beemelte a jogba.* Ezzel a kiindulóponttal sikerült elkerülnie - legalábbis az 1920-as évekig - a század első évtizedeiben virágzó

"szociológiai elméletek" nagy tévútját. Ez a tévút abban állt - mint jeleztük a fejezet első részénél -, hogy az absztrakt jogi fogalmaktól és a törvényhozás "papírajogától" idegenkedő jogi irányzatok egyre inkább a mindennapi élet szabályszerűségeiben látták meg az "igazi" jogot, és ezzel a jog sajátos működését és ennek fontosságát a modern társadalmak számára végtelenül elhanyagolták. (Ennek csúcsát Európában Ehrlich "élő joga" és Duguit "objektív joga" jelentette, de Roscoe Pound is közeledett a "könyv-jog" és az "életbeli jog" megkülönböztetésével ebbe az irányba.) Cardozo azonban a mindennapi élet szabályszerűségei fölött a szabályok, a jogelvek, a jogdogmatikai kategóriák közötti finomabb összefüggéseket is észlelni tudta. Ezzel bizonyos fókig visszahozta az analitikai jogszemléletnek azt a teljesítményét a jog koncepciójába, amelynek Langdell mellett utolsó jelentős képviselője Amerikában Hohfeld volt, és amelytől Holmes élesen elhatárolta magát.

*Cardozo hatása sokirányú volt.* Mint már jeleztük, Amerikán kívül a német *Josef Esser* is töle emelte át később koncepcionális keretét az 1950-es években, és ezzel sok szempontból új oldalakat adott a német jogelméletnek. Egy másik leágazás Cardozotól *Ronald Dworkin*on át vezetett később. Láttuk az angol jogelmélet vázlatánál Dworkin alapjogokra építő jogkoncepcióját. Ennél pedig Dworkin éppen Cardozotól vette a kiindulópontokat, és a szabályok fölött a jogelvek rétegének kimutatására Cardozo egy híres főbírói döntését veszi alapul. Fontos azonban jelezni, hogy Cardozonál a jog többrétegű szerkezete egyenrangúan van jelen, míg Dworkinnál az alapjogi réteg az összes többi fölé kerül. Másrészt míg Cardozo a legkülönbözőbb *jogdogmatikailag tisztázott helyi értékű jogelveket* szem előtt tartva beszél a szabályok fölötti jogelvek rétegéről, addig Dworkinnál ezek az elvek döntően a direkter morális jellegű alkotmányos alapjogok. Ez pedig egy erősen átmoralizált jogképet hoz létre Dworkin jogkoncepciójában, szemben Cardozoval. (Az átfogóbb értelmiség felé épp ez adja meg Dworkin vonzerejét!) Cardozo későbbi éveiben nem tudott ellenállni a rövid időre - 1930 -1940 között - dominálónak vált "jogi realizmus" téziseinek, és a többrétegű jogelméletétől egyre inkább maga is elment a bírói gyakorlat középpontba emelése felé.

A jogi realizmussal tetőzött a Holmes által megindított mozgás az analitikai jogi kategóriáktól a bírói gyakorlat felé, amitől még a demokrata beállítottságú Holmes visszariadt. *Karl Nickerson Llewellyn* (1893 - 1967) és különösen *Jerome Frank* (1889 - 1957) mint a jogi realizmus fő képviselői a mindenkor bírói gyakorlatot állították teljes mértékben a jog középpontjába. Nemcsak az írott törvények csekély jelentőséget hirdették, hanem a precedensek kötőerejét is fikciónak nevezték az amerikai joggyakorlatban. A bírakat a legkülönbözőbb befolyások érik - mondják -, és ezek közül teljesen alárendelt szerepet játszanak a vonatkozó precedensek vagy a törvényhelyek.

A nagy gazdasági válság éveiben és az ezt követő néhány évben a kivételes helyzetek sokasága a joggyakorlat pilléreit is megbolygatta az Egyesült Államokban, és a kivételes körülmények között a korábbi precedensek és törvényi szabályok alkalmazása sokszor anakronisztikus eredményekre vezetett. Így a jogi realizmus hirtelen fellángolt itt, és 1930 és 1940 között domináns jogi irányzattá vált. A válság elmúlt és a felszabadult bírói jogszolgáltatás anarchisztikus jelenségei nyomán azonban ahogy jött, úgy múlt el e koncepció népszerűsége. (A franciáknál a századforduló körül a szabad bírói jogszolgáltatást hirdető "Magnaud a jó bíró" jelenségtől való elfordulás is hasonló csömörrel végződött.)

*Összegezve és egységben nézve* az angol és az amerikai jogelmélet fejlődését, tehát a kiindulás Austin kettős jogkoncepciója volt - a "jog egyenlő az állami paranccsal" tézis rögzítése, ám másrészt az analitikai jogi kategóriák kiemelése - majd ezután Angliában és Amerikában is az analitikai jogi szemléletet viszik tovább; itt a fő alak



Angliában Salmond, Amerikában Hohfeld. Később Amerikában egy fordulat indul be Holmes jogkonceptiójával a bírói jog szabadsága felé; Cardozo ezt egy többrétegű jogkonceptióvá tágítja ki, de később maga is a Roscoe Pound-on keresztül vezető és Llewellyn, ill. Jerome Frank képviselte jogi realizmushoz csatlakozik. Ennek lehanyaglása után az 1940-es évektől Cardozo korai többrétegű jogkonceptiója jelentette a domináns amerikai jogelméletet. Angliában az 1950-es évektől Hart jogkonceptiója - visszanyúlva Austin elképzeléseire - a jog szabályrétegét állította középpontba, majd ennek kritikáját Dworkin az amerikai Cardozo "jogelvek és jogszabályok"-kettősének koncepciója alapján bírálja, és ezt egy alkotmányos alapjogi rétegre épített jogkonceptióval váltja fel. Angliában ennek csak szellemi hatása lehetett az angol jog tudományos vitákat kirekesztő szerkezete miatt, de Amerikában - és az 1980-as évektől kezdve Németországban - az alapjogi réteg további előtérbe kerülését hozta létre. Az amerikai jogi gondolkodásban domináns cardozoi többrétegű jogkonceptiójával szemben így Dworkin morális felhangú alapjogi koncepciója jelenti a vetélytársat ma. Ha ehhez hozzávesszük, hogy a Cardozonak a Josef Esser által Németországba átvitt jogkonceptiója szintetizálódott a valamikori "Begriffsjurisprudenz" bizonyos pozícióival (Canaris és Larenz révén), és ez a domináns német pozíciót jelenti napjainkban is, és a dworkini alapjogi koncepció német átvétele (Alexy és Dreier révén) itt is létrehozta a "konstitucionalista" és a legalista" jogkonceptiók frontállásait, akkor látható, hogy a nyugati világ tekintélyes részein az egymásrahatás és kölcsönös továbbvitelek folyamán nagyfokú hasonlóság alakult ki.

## 2. Az érdekkutató jogtudományról

A magyar jogelméleti-jogfilozófiai irodalomban gyakorlatilag elemzés nélkül maradt a Rudolf von Jhering nyomán az 1900-as évek elején első sorban Philipp Heck által kiépített érdekkutató jogtudomány pozíciója, és az erről fennmaradt néhány elemzés is inkább tételes jogtudományi életművek "melléktermékeként" látott napvilágot. Így említeni lehet Nizsalovszky Endre "Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabadjogi iskola és a tiszta jogtan" című tanulmányát, aki jelzi, hogy a századelőn főként a kártérítési jog területét elemző Nagy Ferenc és Kuncz Ödön tanulmányaiban bukkant fel erőteljesebben az érdekkutató jogtudomány módszertana (Nizsalovszky 1984:21). Nem lehet véletlennek tekinteni ezt az ignoranciát a hazai jogelméleti irodalomban. Ennek uralkodó tónusát ugyanis döntően mindig a jogon túli általános filozófiai problémák uralták, és a jog legátfogóbb összefüggéseit nem a jog belső működési mechanizmusából próbálták megérteni, hanem az általános filozófiai és/vagy társadalomelméleti tézisek alkalmazásaként közelítették meg ezeket. Így a magyar jogelméleti gondolkodás kezdetét jelentő Csatskó Imre, Virozsil Antal és Pauler Tivadar a XIX. század első felében a kanti filozófiai rendszerből, az őket követő Pikler Gyula a történelmi materializmus tételeiből, Somló Bódog - Pikler materializmusával szakítva - az újkanti filozófia eszméiből, és az ő nyomdokain Moór Gyula és Horváth Barna szintén e filozófiai alapokra építve fogalmazta meg a jogra vonatkozó nézeteit. A jog belső fogalmi rendszeréből és az ezek által tartalmazott problémákból már csak az újkantianizmus "tiszta" módszertanra törekvése miatt sem indulhattak ki, és az a priori tisztaságra koncentráció következtében a tapasztalati jogtudomány kérdései zárójelbe kerültek elemzéseikben (lásd ehhez Pokol: 1998a; 1998b). Az érdekkutató jogtudomány pedig éppen a működő jogi mechanizmusokból, a bírói ítélezés értelmezési munkájának kérdéseiből, a jogszabályok értelmének mögöttes meghatározóiból indul ki, így a tiszta jogfilozófia, vagy a történelmi materializmus átfogó társadalomképétől ezek idegenek voltak.

E rövid részben az érdekkutató jogtudomány jogkoncepciójának elemeit igyekszünk kiemelni, és a már többször említett jogelméleti paradigmákkal, a szövegpozitivizmussal, a fogalmi jogászzal és a bírói jogtalálás szabadságát hirdető szabadjogászok elképzeléseivel igyekszünk összevetni ezeket az elemeket.

## 2.1. Az érdekkutató jogtudomány kialakulása

A német egyetemi jogászi berkekben és a gyakorlati jogi életben egyaránt a XIX. század második felében a pandekta jogtudomány jogkoncepciójának megkérdőjelezhetetlen uralma jellemezte az elterjedt jogfelfogást. A történeti jogi iskola szokásjogi elemeket kiemelő hangsúlyai ebben az időben már régen elmerültek, és a jog meghatározójává vitathatatlanul a jog szabályai mögötti jogfogalmi rendszereket kidolgozó egyetemi jogászok, illetve az ő elemzési stílusukat átvevő más jogászok váltak. Ebben a szellemi légkörben egyre inkább bevett tétellé vált, hogy a jog szabályai csak következmények, és ezek a joganyag mögött álló jogi fogalmi rendszerből erednek. A bírónak a jog alkalmazásakor így elsősorban a mögöttes jogfogalmakra kell tekintettel lennie, és ítéletét - különösen, ha az alkalmazandó szabály értelmezése homályosságot mutat - a szabályok mögötti jogfogalmakból kell levezetnie.

E fogalomjogászat legkövetkezetesebb élharcosa volt egy ideig *Rudolf von Jhering* (1818-1892), ám miután a végsőkéig hajtotta a jogi élet súlypontjának a jogszabályoktól a jogfogalmakig való eltolását, maga dőbrent rá ennek zsákutács jellegére, és indult meg e jogfelfogás kritikája felé (Jhering 1872:12, illetve e fordulat elemzésére Larenz 1970:135-141). E fordulata előtt Jhering "höhere Jurisprudenz"-nek, magasabb jogtudománynak nevezte azt a módszert, amikor a jogtudós a jog pozitív szabályaiból kiemeli az ezeknek alapul fekvő fogalmakat, majd ezeket egy még általánosabb fogalomra viszi vissza, és így az általánosabb fogalom alá aztán olyan területek is behozhatók - és a bíró ezekre is ítéleteket alapíthat ezután -, amelyek az eredeti jogi szabályozásban nem tartoztak annak hatálya alá. A jog fejlődése így a jogtudósi fogalmi fejlesztés vonalán halad, és a bíró a szabályok mellett/helyett a jogtudósi fogalmi rendszereket tanulmányozza és alkalmazza (lásd ennek jellemzésére von Rümelin 1974:72-87).

Élete utolsó éveiben Jhering szakított e felfogásával, és a jog fejlődését egyrészt erősebben az állami törvényhozáshoz igyekezett kötni, másrészt a bírakat az eseti ítékezésükben nem a jogfogalmakhoz, hanem az adott jogszabály céljainak kutatásához utalta: "Az egész jogrendszer és minden jogszabály alkotójának célja van, egyetlen jogtétel nincs, amely egy célnak, vagyis egy gyakorlati motívumnak ne köszönne létrejöttét...minden, ami a jogban van egy cél által jött létre, és e cél érdekében hat (...) A jogtudomány legmagasabb feladata az, hogy a jogi normák célját keresse, és ez áll mind a jogdogmatikára, mind a jogtörténeti kutatásokra" (Jheringtől idézi: Larenz 1970:36).

Jheringnek ezek a fejtegetései a német jogtudományban két iskola létrejöttéhez is kiindulópontot jelentettek. Közvetlenül az 1892-ben bekövetkezett halála utáni években eleinte a bírói szabad döntést és ennek a törvényszövegtől és a jogtudományi konstrukcióktól való elszakítását követelő szabadjogászok (Oskar Bülow, Ernst Fuchs, Hermann Kantorowicz stb.) léptek nyomdokaiba, és mély nyomokat hagytak nemcsak a német és az európai jogi gondolkodásban, de az amerikai jogelmélet jogi realistái és jogszociológiai iskolái is jórészt innen kapták az impulzusokat. Az 1910-es

évektől kezdve azonban egyre inkább egy másik jogelméleti irányzat is kibontakozott, és ez egyrészt nem engedte meg olyan szélsőségesen a bíró törvénytől elszakadását, mint azt a szabadjogászok követelték, másrészt a jogi fogalmakat sem vetette el, hanem ezeket csak erősebben a jogszabály által szabályozott életviszony érdekkonfliktusaihoz igyekezett kötni.

Ennek az érdekkutató jogtudománynak ("Interessenjurisprudenz") a kialakítója elsősorban *Philipp Heck* (1858-1943) volt, de mellette *Ernst Stampe*, és különösen *Rudolf Müller-Erbach* tett sokat a jogfelfogás kidolgozásáért. (Az utóbbi - mint majd látni fogjuk - később "kauzális jogi gondolkodás" név alatt a jogszociológia felé vitte el az érdekkutató jogtudomány pozícióit.) Heck Jheringhez való viszonyát jól adja vissza Karl Larenz értékelése: "Jheringnek nem sikerült az, hogy új felfogását a jogban való célról a jogalkalmazás számára gyakorlati útmutatással világossá tegye, vagy egy végig gondolt jogi módszertanná formálja. Az, aki ezt véghezvitte, Philipp Heck volt. Az ő alapvető munkái csak két évtizeddel Jhering halála után jelentek meg" (Larenz 1970:135).

Mielőtt rátérnénk az érdekkutató jogtudomány jogkoncepciójának elemzésére, érdemes utalni arra a társadalmi-történelmi változásra, amely megadta a hátteret, illetve ösztönözte a fogalmi jogászat pozíciójának megtörését Németországban. Röviden ezt a változást *a monolit uralkodói akarat politikai érdekartikulációval való kibővüléseként* lehet megragadni, amely a jog alkotása felett rendelkező központi állami akaratot egymással küzdő politikai érdekcsoportokra és pártokra alapozta. Ezzel megrendült a talaj azon fikció alatt, miszerint a jog szabályai a semleges tudományos racionalitás magasabb rendű termékei, melyeket a politikától és az érdekharcoktól mentes jogtudósok tudnak létrehozni a logika szabályain keresztül. A pozitívalódott jog, azaz a szokásjogi jogképződésből a központi államakarat rendelkezése alá került jogalkotás, ezzel a társadalmi-történelmi változással tendenciaszerűen a politikai demokrácia intézményeihez (parlament, politikai pártok stb.) került át a monolit uralkodói/kancellári hivataltól, még ha ez az 1900-as évek elején Németországban csak félig valósult is meg, és csak a Weimari Köztársaság idején vált teljessé. *Az érdekkutató jogtudomány ezt a láthatóvá vált politikai érdekharcot vette alapul, és fogadta el a jogalkotás fő meghatározójaként, amikor a jogszabályokat az érdekekre (és nem a puszta logikára) vezette vissza.*

## 2.2. Az "érdekjogász" jogkoncepció

Az érdekkutató jogtudomány jogkoncepcióját a korabeli versengő jogfelfogásokkal - a törvényszöveghez kötöttséget kiemelő *szövegpozitivizmussal*, a bíró törvénytől való függetlenségét hirdető *szabadjogi iskolával* és a jogfogalmi rendszert középpontba emelő *fogalomjogászzal* - összehasonlítva a következő két elhatárolással lehet jellemezni: 1. Erősebben a jogszabályok szövegéhez igyekszik kötni a bírót ez a koncepció, mint a fogalomjogász vagy a szabadjogász, de a szövegpozitivizmus teljes szöveghez kötöttségéhez képest nagyobb értelmezési szabadságot hagy meg számára. 2. Nem veti el teljesen a jogfogalmi rendszert, mint a szabadjogászok, de a fogalmaknak csak alárendelt szerepet ad az ítélezés meghatározásában, illetve a puszta logikai fogalomképzés helyett az egyes szabály szabályozási területének érdekhelyzeteit és érdekkonfliktusait igyekszik befoglalni a jogi fogalmakba.

Az érdekjogász jogfelfogásának kiindulópontja, hogy a jogalkotó nem a jogfogalmakból vezeti le az egyes konkrét jogi rendelkezéseket, hanem a

szabályozandó terület érdekeit és ezek ellentéteit, küzdelmeit alapul véve dönti el valamelyik érdek javára az érdekkonfliktust, más szóval valamelyiket előnyben részesíti, a másikat háttérbe kényszeríti. A bíró ezért oly módon tudja a leghelyesebben alkalmazni a jogszabályt, ha szemügyre veszi előtte, hogy milyen érdekek és érdekkonfliktusok vannak a szabályozott területen, és ezután azt nézi meg, hogy ezek között melyik javára döntött a jogalkotó. Az elé kerülő ügyben neki is ezt a *jogalkotói érdekdöntést* kell alapul vennie, és e szerint döntenie a felek között. Nézzük meg ezt Heck megfogalmazásában: "...minden eseti döntést úgy lehet felfogni, mint az egymással szembenálló érdekek azonosítását-feltárását és ezen érdekek mérlegelését az értékítéletek és értékeszmék szerint (...) A törvényi értékítélet átvitele az eseti döntés értékítéletére a döntés előtt álló érdekkonfliktusnak a törvényi értékítélettel való összehasonlításban áll. Ezért a bírónak nem a teljes valóság konkrét érdekeit kell megragadnia, hanem azokat a jegyeket kell kiemelnie, amelyek a jogrendben már értékelve vannak" (Heck 1968:35).

Ahhoz, hogy ez a módszer jól tudjon működni, Heck és a többi érdekjogász szerint három területen kell változtatást elérni: 1. A jogi fogalmak terén az érdekhelyzeteket jobban artikuláló (osztályozó, típusokra bontó stb.) fogalmakat kell kialakítani a jogtudományoknak. 2. Hasonlóképpen ehhez a jogi oktatásban is változtatás kell, és az "élettől idegen" absztrakt jogi oktatás helyett a valóságos érdekellentétek megismerését és a közöttük való eligazodás ismereteit és ennek képességét kell megtanulni. 3. Végül a bírói munkában a jogszabályok és jogi fogalmak közötti eligazodáshoz szükséges tevékenység mellett a gazdasági és egyéb érdekharok és érdekkonfliktusok állandó figyelése szükséges. Összegezve ezt: az érdekkutató módszer töredékesen benne van a jogban tudatos jogelméleti felismerés nélkül is - állítják az érdekjogászok -, de tudatossá téve és e szerint tökéletesítve a jogi élet egyes szektorait válik ez kiteljesedetté.

Az érdekjogász, hasonlóan a fogalomjogászhoz, ám szemben a szövegpozitivistával, elismeri, hogy vannak joghézagok, és ennek kitöltését a bíróra bízta, ám nem a fogalmak általánosítása útján, hanem a jogalkotói érdekmérlegelés eredményének a hézagba átvitele alapján: "Teljesen helyesnek találom én azt a fejtegetést - írja Heck - miszerint léteznek joghézagok, és ezeket nem a konstrukció, hanem az érdekek vizsgálata alapján kell kitölteni" (Heck 1974:35). Ugyanígy hajlandó az érdekjogász is a törvényszöveg korrekciójára (hasonlóan a fogalomjogászhoz), de ő nem a törvényszöveg mögötti jogfogalmak fényében teszi ezt. Ez a korrekció akkor jön létre, ha az érdekjogász-bíró úgy látja, hogy az érdekhelyzet változásai a törvény megalkotása óta olyan irányt vettek, hogy csak akkor lehet eleget tenni a törvényhozó akkori érdekmérlegelő döntésének, ha most a szöveggel szemben dönt. Ekkor *a szövegszerű rendelkezéssel szemben is e valamikori érdekmérlegelő döntésre visszanyúlva kell az ítéletét meghoznia* (lásd Hubmann 1956:54). A jog lényege e jogfelfogás szerint a szöveg mögötti érdekmérlegelő jogalkotói döntésekben van, és a bírónak elsősorban ehhez kell ragaszkodnia.

Nézzük meg egy példán az érdekjogász és a fogalomjogász eltérő megközelítését egy eset megítéléséhez. Vegyük azt az esetet, amikor egy joghallgató kölcsön kap évfolyamtársától egy értékes jogbölseleti könyvet, és ő - eléggé el nem ítélhető módon - pénzügyi gondjain segített, eladja azt egy antikváriusnak. Az évfolyamtárs felfedezi az antikváriusnál saját könyvét, és mivel az nem hajlandó visszaadni neki, pert indít ellene. Ha a bíró a fogalomjogászi képzés szerint ítélkezik, akkor abból indulhat ki, hogy "Senki nem adhat át több tulajdont, mint amivel ő rendelkezik!", és így fogalmi képtelenségként elutasítja, hogy a nem tulajdonos joghallgatótól az antikvárius megszerezte a könyv tulajdonjogát. Ezen az alapon a könyv az évfolyamtársnak mint jogos tulajdonosnak jár vissza. Egy érdekkutató jogászt ezzel szemben hidegen hagynák a jogfogalmakból való egyszerű logikai következtetések, és

azt nézné meg, hogy a két szembenálló érdek, a tulajdonos érdeke, illetve a jóhiszeműen könyvet vásárolt antikvárius érdeke közül melyik részesítendő előnyben. Végso soron mindkét érdek jogosan védhető, de a perben egy olyan érdekszempon tot kell találni, amely valamelyik javára eldöntheti az ítéletet. Ez a szempon t az lehet, hogy az évfolyamtárs maga is hozzájárult azzal a bizalmával, mellyel könyvét kölcsönadta a joghallgató ismerősének az antikvárius jóhiszemű könyvvásárlásához. Ez utóbbi a könyv birtoklásából következtethetett arra, hogy a tulajdonostól veszi meg a könyvet. Tehát ezen az érdekmérlegelő alapon az antikváriusnál marad a könyv az ítélet szerint. (Egy további szempon t a fenti vitához: ha az antikváriusnál ezzel szemben egy ellopott könyv eredeti tulajdonosa jelenik meg, a fenti perben már őt illetné az előző mérlegelés szerint a könyv tulajdonjoga.) A példa Karl Engisch 1956-os, jogi módszertanokat összehasonlító könyvéből való (Engisch 1956:187-188), de talán érzékletesen mutatja a fogalomjogász és az érdekjogász eltérő gondolkodásmódját.

Mint leágazást kell jelezni a "kauzális jogi gondolkodást", melyet Rudolf Müller-Erbach igyekezett kialakítani az érdekkutató jogtudomány továbbfejlesztéseként (lásd Müller-Erbach 1950). Ő ugyanis egy idő után arra a belátásra jutott, hogy túlságosan szűk az a jogfelfogás, amely a sok jogképző faktor közül csak az érdekeket és az érdekharco kat veszi alapul. E mellett egy sor további meghatározó is jelen van a jogszabályok megalkotásakor, és ezeket együtt kell figyelembe venni azok alkalmazásánál is (lásd ennek elemzéséhez Hubmann 1956:57-59). Ebből a jogképből kiindulva a jogtudománynak a jogalkotásban és a jogalkalmazásban ható társadalmi meghatározókat kell elemeznie - és ez az álláspont szükségszerűen jogszociológiává oldja fel a tételes jogtudományokat is. A "kauzális jogi gondolkodás" ezért rendszeres jogi módszertanná nem is tudott kiépülni.

### 2.3. Az érdekkutató jogtudomány kritikája

Már a XX. század elején megfogalmazódott kritikák azt vetették az érdekjogászok szemére, hogy kizárólag a gazdasági természetű érdekek harca it keresik a jogi konfliktusok mögött, és ez leszűkíti és eltorzítja a jog működését. Nem vitás, hogy valamilyen mértékben minden életbeli esetben vannak olyan elemek, melyek gazdasági érdekek szerint tagolják a felek szembenállását, de ha csak erre alapozzuk a teljes szituáció jogi feldolgozását, akkor egy sajátos irányba torzítjuk el azt. Nem tagadható, hogy lehetnek társadalmak vagy minden társadalomban egyes társadalmi csoportok, melyeken belül a teljes életszféra szituációinak értékelésében a gazdasági érdekek szempon tja fontosabb más szempon toknál, de még itt is erőltetett lenne a jogot kizárólag erre alapozni. Heck és az érdekjogászok e kritikával szemben úgy érveltek, hogy ők az érdekeken nem pusztán a gazdaságiakat értik, hanem a szellemi, vallási és egyéb jellegű érdekeket is. Az érdekek e tágabb felfogására álljon itt példának Müller-Erbach tézise (még a "kauzális jogi gondolkodásra" áttérése előtti időkből), aki a szerzői jog létrejöttének elemzésénél írja, hogy ez a jogterület a könyvnyomtatás technikai felfedezése után alakult ki, mivel addig a könyvek kézírásos, fáradságos másolása egyszerűen nem hozta létre azt az érdeket, amit a szerzői jog szolgált, "hiányzott az érdek, amelyet a szerzői jog szolgálhatott" (idézi Nizsalovszky 1984:15).

Ki lehet tehát tágítani az érdek fogalmát, és akkor egy sor területen a

szembenállásokat mint érdekkonfliktusokat lehet megragadni, de ezzel a kitágítással egyre inkább az *értékelési szempontok* bukkannak elő az eredetileg szem előtt tartott gazdasági érdekszempontok helyett. E hangsúlyváltás nyomán jött létre, és az *érdekkutató jogtudományt sokan értékelő jogtudománynak* (Wertungsjurisprudenz) is nevezik (lásd Larenz 1960:46). Ebben a továbbfejlődésben aztán a fogalomjogászattal való korábbi éles szembenállás is letompult, és ezzel egyrészt a fogalomjogászat bizonyos elemeit magába olvasztotta az értékelő-érdekkutató jogtudomány, (ám ez már a fogalomképzés logikai merevsége helyett inkább jogi értékek és jogelvek kombinációját csúsztatja a jogszabályok szövege mögé), másrészt az egész jogi feldolgozást az életbeli szempontokhoz közelítve egy reálisabb jogszemléletet hozott ez létre. Ebben a formában, ami a fogalomjogászat és az érdekjogászat integrációjaként fogható fel, az elmúlt évtizedekben a német - és innen kisugározva a kontinentális Európa többi - jogrendszerének uralkodó jogfelfogásává vált az érdekkutató jogtudomány. Larenz már 1960-ban ezt írta: "Az érdekkutató jogtudomány a német joggyakorlatban valóban forradalmian átalakította a jogalkalmazást, amennyiben a merev törvényi fogalmak alá való formáljogilag megalapozott szubszumálást helyettesítette a komplex tényállás mérlegelő megítélésével, és egy olyan mérlegeléssel, melyben a szóba jövő érdekek jelentik az értékelési mércéket" (Larenz 1969:58).

Eredeti formájában azonban mindenképpen két kritikával kellett élni az érdekkutató jogtudománnyal szemben. Ekkor ugyanis a jog rendszerszerűségét hordozó fogalmakat egyértelműen el kívánta vetni, mint "életidegen jogászkodást", és a bírót az esetek szintjén igyekezett az érdekek mérlegelésére ösztönözni. Az élet egyes eseteihez való közelítés követelése ugyan jogosult lehet egy teljesen absztrakt fogalmi piramissá kövesedett joggal szemben - amivé a fogalomjogászat a XIX. század végére alakította a jogot -, de ha ezt az esetközeliség érdekében teljesen elvetjük, és csak az érdekfogalmakkal dolgozunk, akkor a jog átfogó rendszerszerűsége is elvész. E mellett a másik irányú kritikát úgy lehet megfogalmazni az eredeti érdekjogász gondolkodással szemben, hogy míg a politikai-ideológiai szféra küzdelmei a szembenálló konfliktusokat generalizálják és általános igazságossági-szellemi érvek szintjén rögzítik ezeket a társadalmi tudatban, addig az érdekjogász e konfliktusokat ismét ki akarja olvasztani a szellemítettebb feldolgozásból, és a meztelen anyagi érdekek szembenállásának a szintjére viszi le ezeket. Ez - amellet, hogy lényeges értékszempontbeli szembenállásokat eltüntet - szükségtelenül fokozhatja a társadalmi feszültségeket, és tendenciaszerűen visszametszi mindazt az integráló erőt, amit az átfogóbb ideológiai-szellemi területek elérnek.

A jog egyes területein azonban e szűken vett érdekjogászat is problémamentes lehet. Mindenképpen ide tartozik a magánjog vagyoni része, mint Nizsalovszky Endre is jelezte az 1930-as éveket szem előtt tartva: "A kereskedelmi jogot a kereskedői foglalkozásuk kodifikálták, így magában a kodifikációban az érdekállás mérlegelése világosabban kidomborodott, mint más kodifikációkban, így a kereskedelmi jognak a tudományos munkásai is hamar megtalálták az utat az érdekkutató jogtudományhoz" (Nizsalovszky 1984:39). Más jogterületeken azonban csak az értékelő jogtudománnyá átalakult formában jelennek meg az érdekjogászat pozitívumai.

### 3. A magyar jogelmélet fejlődése

#### 3.1. A XIX. századi magyar jogelmélet

Szabó Imre 1955-ös "A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon" című könyve óta sokáig még rövid áttekintés sem jelent meg a XIX. századi hazai jogelméleti gondolkodás fejlődéséről, noha általánosan elismert, hogy ez a mű - alapossága ellenére - inkább ideológiai leszámolásnak és nem egy tényleges tudományos elemzés termékének tekinthető. A hazai jogelmélet 1945 előtti történetének feltárásában eddig első sorban Moór Gyula és Horváth Barna művei kaptak figyelmet (lásd Paczolay 1989; Zsidai 1989; Szabadfalvi 1994), a XIX. századi magyar jogbölcseleti gondolkodók közül pedig Pulszky Ágost és Pikler Gyula vonta magára a figyelmet (Kupa 1996; Szabadfalvi 1996; Loss 1996). Az alábbiak rövid vázlatos formában tekintik át a korabeli magyar jogbölcselet alakjait és a magyar jogelmélet fejlődését.

### 3.1.1. A magyar észjogászok: Csatskó, Virozsil, Pauler

A hazai jogászképzésben jogelméleti jellegű tantárgy már az 1770-es években bevezetésre került - a nagyszombati egyetem jogtudományi kara részére Mária Terézia által kiadott szabályzat tette itt kötelezővé "természetjog" elnevezés alatt -, de magyar nyelvű anyagok ehhez csak az 1830-as években kezdtek megjelenni. A jogászképzés amúgyis teljes mértékben latin nyelven folyt még ekkor, és ezért amikor 1792-ben lefordították Karl Martini, bécsi professzor természetjogi könyvének egy részét magyar nyelvre, az érdektelenség miatt ismét latinul adták ki ezután, hisz a jogászok és a diákok máskülönben is ezen a nyelven olvasták inkább (Pauler 1878:231-244). Akadályozta a hazai jogelméleti gondolkodás kialakulását az is, hogy a természetjog elnevezésű tantárgy bevezetésével együtt egyben kötelezővé is tette a bécsi udvar Karl Martini könyvét, amely Christian Wolf filozófiáján alapult, és ez egész 1848-ig így maradt. Ez a kötelező tankönyv egyben a kanti filozófia terjedésének akadályozását is szolgálta, amely a német kulturális életben gyorsan terjedt a múlt század elején, és a fennálló jog kritikájának tartották az e filozófia alapján létrejövő észjogi műveket.

Az akadályozás ellenére az 1830-as években lábra kapott a hazai jogi szellemi életben is a kanti észjog, és 1839-ben két munka is megjelent erre alapozva. Magyar nyelven jelent meg Csatskó Imre "Bevezetés a természetjogba és a tiszta általános természeti jog" c. könyve, latin nyelven pedig Anton Virozsil "Egyetemes természet- vagy észjog elemei" c. munkája. Ez utóbbit csak 1861-ben fordították le és adták ki magyarul.

A magyar jogelmélet így Csatskó Imrével (1804-1874) kezdődik, aki a győri jogi akadémia tanáraként foglalkozott az 1830-as években a természetjogi tanításokkal, és miután a "Tudománytár" és a "Themis" c. folyóiratokban néhány természetjogi tanulmányt megjelentetett és ezek jó fogadtatásra találtak, határozta el Csatskó tanulmányainak könyv alakban történő megjelentetését 1839-ben. (Csatskó később bírói pályára tért át, és a kiegyezés után nagy tekintélyű jogászként a büntető perrendtartás kodifikációs munkálataiban komoly szerepet játszott.)

A korabeli magyar nyelv nehézkessége ellenére tisztán kiugrik Csatskó elméletében a kanti belső törvényhozás (erkölcs) és a külső törvényhozás (jog) különválasztása, és a "szerzett jog" (állam által alkotott jog) alárendelése az emberi észből származtatott jogelveknek: "A szerzett vagyis közvetlenül eszes lények önkényétől függő törvényekből alakul a szerzett-jog (jus positivum) mely a törvényeknek, melyekből áll, különbsége szerint vagy isteni vagy emberi, amint ti. azok isten vagy valamely ember akaratján közvetlenül alapulnak. A szerzett jog, valamint a szerzett törvények alatt legtöbbszörre a polgáriságban lévő és a polgártársak közti megegyezés, vagy az

országgló hatalma által megállapított jog értődik" (Csatskó 1839:107). Az állami jog ("szerzett jog") azonban alá van rendelve az észből levezethető észjogoknak, és szembenállás esetén jogtalanak minősül: "A szerzett jog minden rendelkezésének olyannak kell lenni, hogy azokat már az ész által megismerni lehessen; tehát a szerzett jog anyagát ha nem is közvetlenül, legalább közvetve, a természeti jog foglalja magában" (Csatskó 1839:114). De nem csak az állami jogalkotást segíti (ellenőrzi) ezen elképzelés szerint az észjog, hanem a "szerzett jog" alkalmazásánál és ennek pótlásánál is irányadó.

E jogfelfogás kifejtése után Csatskó, középpontba állítva a "személyiségi jogot", amely az összes észből levezethető alapjognak kiindulópontja nála, egymás után kifejti a legkülönbözőbb alapjogot, melyek meghatározzák a magánjogot éppúgy, mint a közjogi (korabeli nevén: "nyilvánjogi") szabályokat és a "fenyítési" (büntető) jogot is. Csak az ezekkel egybevágó "szerzett" jog tekintető megengedhetőnek az észjog által - deklarálja. (Csak kitekintésképpen kell jelezni a kísérteties hasonlóságot, amely az észjogi alapjogok egész jogrendszert meghatározó igényét tartalmazó fejtegetések és a hazai alkotmánybíróság néhány ítélete és főként a Sólyom László által felállított "láthatatlan alkotmány" koncepciója között fennáll. E korabeli munkákat olvasva akár észjogi ellenforradalomnak is tekinthetjük a jogkoncepció szintjén az aktivistának nevezett alkotmánybíróági jogfelfogást, amely az elmúlt száz év alatt létrejött jogállami demokrácia jogfelfogását visszafordítja.)

Anton Virozsil (1792-1868) lényegében ugyanazt a kanti észjogot fejtette ki, mint Csatskó, de mivel ő több évtizeden keresztül középponti szerepet játszott a pesti jogászképzésben - korábban a pozsonyi jogi akadémián tanított természetjogot és közjogot - nagyobb hatást tett a magyar jogászság gondolkodására. Mivel magyarul nem tudott - a felvidéki Selmezbányán született, de nem magyar környezetben -, így 1848 előtt átmenetileg visszaszorult a pesti egyetemi oktatásban, amikor egy időre kötelezővé tették a magyar nyelven oktatást az összes jogi tantárgy vonatkozásában, de 1849 őszétől német nyelven ismét tanított egészen az 1860-as évek elejéig (Pauler 1878:202-230). Virozsilnál csak letompított formában jelenik meg az észből származtatott jog és a "tevőleges" jog (az állami jog) eltérése esetén az utóbbi jogtalanosságának hangoztatása, és inkább csak mint a bírák és az ügyvédek jogértelmezését segítő eszköz jelenik meg: "...a bírák, törvénytudók, és ügyészek felé a haszna, hogy a hozott (tevőleges) törvényeket annál könnyebben magyarázhassák és alkalmazhassák, részint, hogy oly esetekben, melyekben törvény nem létezik, s mégis természeti igazság s méltányosság egyetemes elvei szerint jogot kell mondani, segélyül használhassák" (Virozsil 1861:35).

Az következő - és egyben utolsó - magyar észjogász a Virozsil-tanítvány Pauler Tivadar (1815-1880) két alapvető szempontból tér el mesterétől. Fő műve ugyan az "Észjogi előtan" címet viseli, de sok szempontból már a történeti jogi iskola kiinduló pontjait is beemeli jogbölcseletébe. Emellett tisztábban kijön nála az észjog tételes jog feletti pozíciója, és az utóbbi jogtalanosságának hangsúlyozása, ha annak szabályai szemben állnak az észjog elveivel. Ez utóbbi hangsúlyosabb kiemelése persze abból is származhatott, hogy Pauler közvetlenül 1848 után, az 1850-es években írta főbb jogbölcseleti munkáit, és a nyílt osztrák állami önkény a magyar társadalom felett ekkor volt a legerősebb. Az 1851-ben megjelent "Jog- és államtudományok encyclopédiája" című művében így ír az észjog és a tételes jog viszonyáról: "Az észjog a tételes jog alapja, mert természeti jogelvek létében csak önkény-szabta parancsok, nem pedig jogi viszonyok képzelhetők; a szerzett jogok igazságának valóságos, a kor előítéleteitől független belbecsének ismérve, minthogy ésszel bíró lényekre nézve csak annak elveivel össze nem ütköző szabályok lehetnek kötelező erejűek, s ennél fogva a törvényhozás gyakorlatának természetes zsinórmértéke; a tételes jog viszont a természeti jogelveket a fennforgó körülményekre alkalmazva, az



eszélyesség követelményei szerint szorosabban meghatározva, és mint népéletben nyilvánuló jogérzelmek visszatükrözése természeténél fogva nem csak az észjoggal ellentétben nincsen, hanem azzal a legszorosabb kapcsolatban van" (Pauler 1851:15). A ész örök törvényeivel ellenkező tételes jog - Pauler már főként ezt használja a korábbi "szerzett" jog fogalma helyett - "a jog szent nevét nem bitorolhatja".

Nem kerüli el Pauler figyelmét a tételes jog szabályai mellett már a jogtudományi fogalmak és elvek belefonódása sem a jog egészébe: "A tételes jog szabályaiban a szorosan vett jogi elemen kívül az eszélyesség elvei is nagy nyomatékúak, minél fogva több tényező eredményeinek tekinthetők" (Pauler 1851:15). Teljes jogfelfogásába emellett a szokásjog is belefér, és ennek hangsúlyozása révén szinte hiánytalanul megjelenik Pauler jogelméletében a jog minden rétege. Nézzük meg ehhez a legfontosabb passzusokat tőle: "Az írott törvényen kívül minden nemzetnél a nép erkölcein, a bírák összhangzó ítéletein vagy a jogtudósok véleményein alapuló jogelvek is kötelező erővel bírnak, az úgynevezett nem írott vagy szokásjogot képezik, s a törvényhozás fejlődésére döntő befolyással vannak. A történelem tanúsága szerint a régi népek nagyobb részt szokások által szabályozottak...s csak később írott törvények által egészítették ki" (Pauler 1851:17). Ez az észjog már távol van Csatskó és Virozsil 1839-es tiszta észjogi felfogásától, és harmonikusan belép az észjogi elvek mellé a jogképződés minden ma ismert mozzanata. A történeti jogi iskola eredményeinek felhasználása mellett azonban Pauler - egy bő évtizeddel az előbb idézett könyve után keletkezett művében - fellép a teljes jogot népszellemre visszavezető és szokásjogra visszametsző elmélettel szemben: "A jog történeti fejlődésében keresi annak alapelveit a történeti jogiskola, mely ellentétben az észleges irányzattal a múlt század vége felé támadt; előbajnokai Burke és Hugo Gusztáv valának, főnökei Némethonban: Savigny, Göschel, Eichorn, Franciaországban: Giraud, Laboulaye" (Pauler 1864:30-31).

### 3.1.2. Pulszky Ágost jogelmélete

Pauler Tivadar jogfelfogásának kiegyensúlyozottságára, jogbölcseleti nézeteiben felhasznált széleskörű ismeretanyagára méltán lehetünk büszkéek. Utóda a pesti egyetemen Pulszky Ágost (1846-1901) lett, aki ezt a kiegyensúlyozott jogbölcseletet már az észjog teljes elvetése mellett igyekezett továbbfejleszteni.

Pulszky szülei, rögtön az ő születése után emigrációba kényszerültek a 48-as szabadságharc leverése után, és így ő Angliában nevelkedve és csak a kiegyezés előtti években visszatérve Magyarországra a legalaposabban megismerte a német mellett az angol nyelvet is (Kupa 1996:19). Amikor Pauler halála után kinevezték a Pázmány Péter Tudományegyetem jogfilozófiai professzorává, teljes mértékben szakítva a kanti észjog felfogásával egy átfogó társadalomelméletbe illesztve igyekezett kifejteni egy jogbölcseleti rendszert. Korának legújabb szociológiai és társadalomelméleti munkáit felhasználva írta meg "A jog és állambölcselet alaptanai" c. könyvét 1885-ben. Mielőtt elkezdenénk jogfelfogásának rövid bemutatását, jelezni kell, hogy az észjoggal szakító és a szociológia felé forduló Pulszkyval egy olyan folyamat kezdődött el, melynek során tanítványa, Pikler Gyula a legegyszorúsabb materialista társadalom- és jogfelfogás felé ment el, majd az ő követője, Somló Bódog - munkássága első felében - szintén ezt folytatta. Csak Somló Bódog radikális szakítása után, az 1910-es évek elejétől szűnt meg a hazai jogelméletben a naturalista társadalom- és jogfelfogás, és Somló Bódog újkantianizmusra áttért nézeteit vitte

tovább az ő tanítványa, Moór Gyula és részben Horváth Barna is az 1920-'30-as években.

Magánál Pulszkyknál az elmélet szociologizálódása még nem jelentett egyoldalúságot. Társadalomelméleti alapjait Spencer evolucionista elmélete, szűkebb jogtörténeti fejlődésre vonatkozó koncepcióját pedig Henry Maine osi jogokat összehasonlító munkáiból alapozta meg. (Pulszky le is fordította Maine "A jog őskora" c. könyvét magyar nyelvre már 1875-ben!) Jogkoncepcióját illetően pedig példaszzerű sokoldalúságot, a jog minden komponensére egyformán figyelő jelleget lehet megállapítani. E jelleg persze abból a szerencsés történelmi időből is fakadt, amely az említett 1885-ös műve megírásakor megfigyelhető volt, amikor a jogász szellemi légkört a történeti jogi iskola eredményei már alaposan átformálták, az ezt továbbvivő pandekta jogtudomány fogalmi konstrukciói is magasabb szintre emelték a rendszeres jogi gondolkodást, sőt, már Jheringnek a jogfogalmi formalizmus túlzásaira vonatkozó kritikája is mélyítette a jogelméleti tudást, de még nem robbant ki a jogi fogalmakat végletesen elvető és a bírói jogtalálást mindenek felé emelő szabadjogi iskola támadása. A Pulszky utáni évtizedekben élesen szemben álló táborokra szakadt a jogelméleti gondolkodás, és a jog egyes komponenseit kizárólagosan "a" jognak tekintő irányzatok idejéből visszatekintve Pulszky jogkoncepciója bámulatosan kiegyensúlyozottnak tűnik. Egy többretegű jogkoncepció minden eleme megtalálható benne, igaz az elmúlt több, mint száz év jogelméleti irányzatainak egyoldalúságai és az azokra reakcióképpen induló más irányú vizsgálódások nyomán ma már sokkal mélyebben ismerjük az egyes jogrétegeket, és így az ezekből felépíthető összkép részletesebb lehet, mint arra Pulszky idejében lehetőség volt.

Széles jogtörténeti összehasonlító ismeretei nyomán Pulszky a jog belső komponenseire és ezek kapcsolódó területeire tekintettel háromféle jogfelfogást különböztet meg. Ez a három felfogás a jog különböző fejlődési korszakaiban a jog elnevezésében is megnyilvánult. Így a római jog fejlődésében a jog vallási normák felé kapcsolódását a "fas" és a "sacra" elnevezések emelték ki, míg a jog másik irányú kapcsolódását, az erkölcsi kapcsolódást a "jus" és a "justum" nevek mutatják. Végül a jog emberi alkotottságára tesz a hangsúlyt azok a szintén római kori elnevezések, melyek "plebiscitum"-nak és "lex"-nek nevezik a jogot (Pulszky 1885:257). Ugyanígy a görögöknél Szolón idején a jog alatt "...az arra hivatottak által döntéssel létrehozott törvényt értették", míg később a sztoikusok filozófiájában a jogban inkább a természetjogi és erkölcsi oldalt domborították ki. Pulszky jelzi, hogy a németeknél a hosszú időn keresztül uralkodó észjogi felfogás után egyre inkább tudatosan alkotottnak kezdik felfogni a jogot: "...épp az által, hogy a jog mint akarat érvényesítése és korlátozása lett mindinkább felfogva, a történeti iskola és a Hegel-féle tanok befolyása alatt" (Pulszky 1885:258).

A különböző elnevezésekből kikövetkeztethető jogfelfogások mellett Pulszky pontosabban megragadhatónak látja a jogfelfogások eltéréseit, ha az egyes felfogások által kiemelt főelveket állítjuk szembe egymással. Itt is az előbb említett három eltérő osztály bukkan fel, igaz némi módosítással. A jog főelveit teológiai, metafizikai (vagy erkölcsi) s végül tapasztalati alapúakra osztja: "Az elsők közé tartoznak azok, amelyek az istenség akaratával vagy lényegével azonosítják a jog főelvét; a második csoportba sorolandók a természet rendjén vagy törvényein, vagy az emberi értelmén, vagy a gyakorlati észen alapulók, végre azok, amelyek a jogérzetre mint az emberrel veleszületett, örökös és elemezhetetlen tulajdonságra hivatkoznak; a harmadik osztályba számítandók a haszonelméletek, a hatalom elmélete, valamint az, amely a jog főelvét a jogérzetből vezeti le ugyan, de ezt magát csupán mint tapasztalatilag felismerhető és nem föltétlen, változatlan és véglegest tekinti" (Pulszky 1885:275).

Pulszky tehát alaposan végignézett a jogfilozófiák eszmetörténetén mielőtt saját

jogfelfogását kialakította volna. Ez a sokoldalú és elfogulatlan szemrevételezés lehetővé tette számára, hogy mély belátásokra jusson egy-egy irányzat elemzésénél. Így például jelzi az észjogi iskola és a történeti jogi iskola közötti küzdelem bemutatásánál, hogy az utóbbi deklarációi és tényleges működése között nagy eltérés van. A két iskola között az ütközés valódi alapja nem az, hogy az észjogi iskola fogalmakból és absztrakt elvekből dedukálja a jogot, míg a történeti iskola pedig a nép szokásaiból igyekszik azt kibontani, hanem az, hogy míg az észjogiak az "észből" tulajdonképpen a római jogi fogalmakat és intézményeket vezetik le, addig a történeti jogászok a német jogi intézményeknek adnak elsőbbséget, de máskülönben ők is éppúgy absztrakt fogalmakká gyúrák át ezeket. Vagyis a történeti iskola csak az észjogi megalapozást veti el, de magát a fogalmi technikát nem, és így ennél együtt marad a szokásjogi jogképződés és a jogfogalmi tevékenység is (Pulszky 1885:286).

Pulszky kiegyensúlyozott jogfelfogása különösen jól látható a jog forrásaira és megjelenési alakjaira vonatkozó elemzésében. A jog kilenc alakját (forrását) különíti el, de ezek közül az első öt (törvény, alárendelt szabályok, jogalkotásra felhatalmazott hatóságok szabályai, a társadalom, illetve az ország egyes részeire érvényes szabályok) a tudatos jogalkotás szabályaiként foghatók össze, és emellett a bírói gyakorlat jogát, a jogászai szakkörök és a jogtudomány rendszeres tevékenységéből kibomló jogot, a tételes eszmények kitűzése következtében létesült jogot, valamint az általános eszmények célként elfogadásával létrejövő - mint pl. az ész- és természetjogi kódexek következtében érvényesülő - jogot találhatjuk meg felsorolásában. Pulszky-nál így a tudatos jogalkotás, a bírói gyakorlat, a jogtudományi tevékenység, az általános eszmények jogi érvényesülése mind megjelenik, és ehhez ma sem lehet újat tenni. De nemcsak felsorolja a jog komponenseit, hanem ezek egymáshoz viszonyított arányait is a kiegyensúlyozottság jegyében írja le: "A magasabb fokú haladás csupán határozott célú törvényhozás és tudományos működés mellett tehető; mind Maine, mind Jhering e mozzanatokra külön terjeszkednek ki, és a jogászai tevékenységet és eredményeit, az esetjogot, a jogméltányosságot és a tudományos jogot valamint a törvényalkotást különválasztva tárgyalják, ami által a tényleges mozzanatokat mindenesetre sokkal inkább megközelítőkké sikerült pótolniuk a történeti iskola tanait" (Pulszky 1885:337). Ehhez még hozzáteszi, hogy sem a tisztán "csinált" törvényekkel, sem a tisztán szokásjogi jogképződéssel nem lehet a modern világban megélni.

Összegezve Pulszky Ágost jogfelfogását, talán nem túlzás ezt a magyar jogelméletben született legkiegyensúlyozottabb jogkoncepciónak tekinteni.

### 3.1.3. Pikler Gyula materialista jogelmélete

Pulszky az 1890-es évektől egyre inkább bekapcsolódott a politikai élet harcaiba, és a már korábban sok éven keresztül vállalt országgyűlési képviselő funkciója mellett egy rövid időre ekkor államtitkári feladatokat is ellátott. Mindezek egyre inkább elvonták a rendszeres tudományos munkától. Volt tanítványa, Pikler Gyula (1864-1937) ezekben az években kezdi elkészíteni nagyobb lélegzetű tanulmányait és könyveit, majd hamarosan ő is a fővárosi Pázmány Péter Tudományegyetem tanára lesz. Hasonlóan Pulszky átfogó kutatási felfogásához, ő sem áll meg a szűkebb jogbölcsélet határainál, hanem elsősorban az általános szociológia keretein belül igyekszik kialakítani egy általános elméletet. Eltérően Pulszkytól ő a közgazdaságtan szerzőit is megpróbálta bevonni általános társadalomelméleti nézeteinek kialakításába, és ezek között foglalkozott alaposan Marx írásaival, majd használta fel a marxi tanokon alapuló történelmi materializmus írásait.

Pikler jogelméleti nézetei szempontjából két művét fontos elemezni. A "Bevezető a jogbölcseletbe" c. könyvét 1892-ben adta ki, és ez tartalmazza legteljesebben jogelméleti felfogását. E könyv egyik részletét bővebben kifejtve jelentette meg "A jog keletkezéséről és fejlődéséről" c. újabb könyvét 1897-ben. A előbbi szigorúbban tudományos műhöz képest ez utóbbi azonban bizonyos fókig "jogpolitikai harci" írás, mindenestre markánsabban fogalmazva így tisztábban kijönnek Pikler jogfelfogásának sajátosságai.

Már kiindulópontban úgy lehet összefoglalni Pikler jogfelfogásának lényegét, hogy szemben Pulszkynak a jogképződésre vonatkozóan több komponensre figyelő leírásával, itt az állami jogalkotó kizárólagos jogalkotása lép elő, melynek szabályait a jogtudomány csak rendszerezheti, de alakító módon nem szólhat bele a jog alkotásába; ugyanígy a bíró is szigorúan csak a szabályt alkalmazhatja, és a "terszerűtlen" szokásjog is csak mint archaikus maradvány jöhet szóba. E jogfelfogásban a szélesebb társadalomelméleti háttér az a XIX. században megfigyelhető optimista elméleti felfogás adta, amely elsősorban a marxizmusban, de a többi más ekkori irányzatban is, a társadalom törvényszerűségeinek felismerése nyomán a tökéletes társadalomirányítás megvalósításának lehetőségét feltételezte a jövőben, és ennek révén a fennálló és ésszerűtlennek vélt hagyományok és intézmények racionális átalakítását várták a jövőtől. Ezt az optimizmust a társadalom átláthatósága és ez alapján tervszerű irányításának lehetősége tekintetében az is adta Piklernél, hogy - igazi történelmi materialistához illően - az eszmei és tudati mozzanatokat egyértelmű anyagi meghatározottságra vélte visszavezethetőnek. A végső soron anyagi természetű világ megismerése pedig, a természettudományok, majd a közgazdaságtan és a szociológia kifejlődése nyomán, egyre gyorsabban haladhat előre. Nézzünk meg erre az optimizmusra egy plasztikus idézetet Piklertől: "Tegyük most fel, hogy valamelyikünk...a legnagyobb tökéletességgel ismerné az emberi test fölött uralkodó természettörvényeket, és készülékekkel bírna arra, hogy embertársai idegrendszerének állapotát minden időpontban megismerje. Ez az ember a legnagyobb pontossággal előre kiszámíthatná embertársai cselekedeteit, és a legkevésbé érezné hiányát, hogy eszméletéről mit se tud" (Pikler 1892:111).

Egy ilyen társadalomképből egyértelműen ered a központi állami jogalkotás szerepének kizárólagossá tétele, amely a "tudományossá vált" államgépezet elképzeléseit mindenkor átviszi a társadalom tagjai közé. Pikler 1897-es jogfejlődésre vonatkozó könyve a legteljesebben el is ment ebbe az irányba, és sürgeti a jog kizárólagos központi változtatását. De tovább is megy ebben a könyvben, és nem csak az új jog létrehozásánál vallja a tudatos jogalkotás kizárólagosságát, hanem frontális támadással a történeti jogi iskolának a szokásjogként és a népszellem fejlődéseként felfogott jogképződési képével szemben, még magában a jog keletkezésében is a tudatosságot igyekszik bebizonyítani: "Feltűnő dolog végre, hogy Bentham és követői, akik a célszerűséget gyakorlati, a jogalkotásban követendő főelvnek állították fel, sem merték azt az elméleti tant felállítani, hogy a jog célszerűségi belátás folytán keletkezett és fejlődött" (Pikler 1897:21). Pikler nem hezitál, és ezt kifejtve nevezi jogelméletét "belátásos jogelméletnek", amely a tudatos belátás szerepét hangsúlyozza a történeti jogi iskola "ösztönszerű jogfelfogásával" szemben, és mivel aktuálpolitikai harc tárgyát is képezte a szélesebb szellemi közvéleményben a döntés a jog és a társadalom alakításának módjáról, ez széles körben ismertté tette "belátásos jogelmélete" nézeteit.

A jogot tehát a tudományos állam határozza meg nála, igaz, jelzi a marxi tanok alapján, hogy ez csak akkor lesz reális, ha az osztály-meghatározottságot közvetítő állam helyett az egész nép állama alkotja majd a jogot. Ezt egészíti ki elemzéseiben a jogtudomány - vagy az ő szóhasználatában a "jogászat" - visszaszorítása a jog alkotásából. Jogászi tévedésnek tekinti, ha ez megtörténik, és szigorúan csak a

megalkotott jog alkalmazásának segítői szerepét írja elő a jogtudomány (jogászat) számára: "A jogászat...azoknak a szolgálatában áll, akik a jogot az egyes esetekre alkalmazni akarják (...) a jogász tévedés a jogalkotásban akkor forog fenn, midőn valamely tételes jog módosításánál egy új intézményt vagy szabályt azért mond helytelennek a jogász, mert az ellentmond az elméletnek, melyet az eddig felállított jogból levont" (Pikler 1892:2-14). A jogszabályokból levont és rendszerezett jogi fogalmak nem lehetnek akadályai az új jog állami alkotásának. Ugyanígy a bíráknál is "jogász tévedés", ha nem a törvényhozók valószínű akaratát követik a jog eseti alkalmazásánál, hanem "...e helyett valamely jogász elméletet fogadnak el, mely az illető esetet pusztán alaki tulajdonságai alapján, igazságra és célszerűségre való tekintet nélkül egy bizonyos szabály alá besorolja" (Pikler 1892:19).

A jogtudomány (jogászat) befolyása alól felmentett állami jogalkotás segítője Piklernél a megszokottól eltérően meghatározott jogbölcsélet lenne, amely nála teljesen elszakad a jog belső (alkalmazói) szemléletétől, és ezzel szemben "...a jognak más körülményekkel való összefüggését, vagyis azt kutatja, hogy mi az oka és mi a következménye annak, hogy egyik államban ilyen, a másik államban olyan jog van" (Pikler 1892:2). A jogbölcsélet a törvényhozás tudománya, míg a jogászat (jurisprudencia) a jog alkalmazásáé. A jogbölcsélet csak zavarja, ha egy ország jogszabályait egy jogot alkalmazó jogásztól ismeri meg - jobb, ha például egy átlagos műveltségű utazótól, vagy egy közigazdástól stb. kap ilyen leírást egy ország jogáról -, de ugyanígy a jogász számára is csak zavart okoz, ha a hatásokra és jogszabály okaira vonatkozó jogbölcséleti munkát olvas (Pikler 1892:2-12). A jog alkotása és a jog alkalmazása két külön világ Piklernél, és az előbbit a jogtudomány, illetve a jogalkalmazó kezéből kivéve a társadalomtudós állami jogalkotó kezébe teszi le.

Pikler elméletének bemutatását lezárva még jelezni kell, hogy a társadalomtan részeként felfogott jogbölcsélet tárgyaként az emberi cselekvéseket meghatározó törvényszerűségek kutatását állította, és mivel e meghatározást az idegrendszeri folyamatokban látta, az 1900-as évek elejétől egyre inkább elment az idegrendszer fiziológiai kutatása felé, a tanulmányok sokaságát készítve ezen a területen. E következetes materializmusa azonban már messze vitte a jogtól, és a társadalmiság eszmei szerveződésének egyre tisztább feltárása a XX. század elejétől anakronisztikussá tette nézeteit. Személyes pályafutásában pedig a marginalizálódás felé tolta 1919 után, hogy korábbi szellemi harcostársai és tanítványainak legnagyobb része a '19-es Tanácsköztársaság vezéreivé váltak, és az ebből is következő Trianon traumája elsöpörte a magyar szellemi életből Piklert.

### 3.1.4. Somló Bódog jogelmélete

Rövid élete folyamán Somló Bódog (1873-1920) két, eltérő irányba is megindult jogelmélete kiépítésében. Pályának első szakaszában Pikler hatása alá került - noha nem volt tanítványa, és csak doktorálása valamint kolozsvári pályakezdése után jön egy időre Pestre -, és bő tíz éven át, 1897 és 1909 között Pikler belátásos jogelmélete alapján és az ennek szellemi hátterét adó spenceri filozófiára, illetve a marxi történelmi materializmus műveire támaszkodva igyekszik kialakítani általános társadalomelméleti nézeteit és egy ezekhez illeszkedő jogelméletet (lásd Moór 1921:19-21, illetve Zódi 1996:65-69). Ebből a gondolkodói korszakából két jogelméleti műve maradt fenn: 1901-ből egy rövid összefoglalás "Jogbölcsélet" címen, és 1905/6-ban két kötetben jelenteti meg "Jogbölcséleti előadások" címen rendszerezettebben jogelméleti nézeteit. E kötetekből egyrészt a jog okozati és materialista felfogása, másrészt a jog össztársadalmi beágyazottságának tézise bukkan elő. Az utóbbira jelzi, hogy tulajdonképpen helytelen az, hogy elszakítják a

jogbölcseletet a társadalomtudományoktól és külön tudományként művelik azt, és ezzel valami önállóságot adnak a jognak a társadalmi törvényszerűségekkel és az erkölcsi szférával szemben. A helyes az lenne, ha egy általános szociológia részeként tárgyalnák a jogbölcseletet is (Somló 1901:7). A társadalomba visszaintegrált jog és az általános társadalomtudományok közé beolvasztott jogbölcselet híveként azonban Somló tiltakozik a történelmi materializmus azon tétele ellen, hogy a jogot teljes mértékben a gazdaság törvényszerűségei határoznák meg: "...hibának kell mondanunk, hogy csak a gazdaságban lát társadalmi jelenséget...a történelmi materializmus, és itt figyelmen kívül hagyja, hogy a gazdaság éppúgy emberi eszköz a létért való küzdelemben, mint a jog, vagy ha úgy tetszik, a jog nem kevésbé társadalmi jelenség, mint a gazdaság (Somló 1901:22).

Tagadja ebben a gondolkodói korszakában a társadalom kettébontását az okozati világ és az ettől független szellemi világ között, és korának ezt elvető két nagy tudományos irányzata, a spenceri társadalomfilozófia illetve a marxi történelmi materializmus között igyekszik összeköttetést találni az egységes materialista világ megértéséhez. Marxista irányba Pikler hatása alatt megy el az 1890-es évek végén, de a későbbiekben inkább a spenceri verziót preferálja. (Le is fordít Spencer elméletéről egy munkát magyar nyelvre). Abban mindkét fajta materialista elmélet közös volt, hogy a szellemi jelenségek okozati meghatározottságát vallották, sőt abban a feltevésben is közösség állt fenn közöttük, hogy a társadalom törvényszerűségei okozati jelleggel szükségszerű fázisokon át egy ideális társadalom létrejötté felé mutatnak. Ám míg a marxi tanítás kollektivistá jellegű volt és az ideális jövőbeli közösség - a kommunista társadalom - létrejöttét prognosztizálta, addig Spencernél az egyre nagyobb individualizálódás eluralkodása jelenti a tökéletes jövő társadalmának létrejöttét. Somló ebben az eltérésben a marxi történelmi materializmus mellé állt, de a társadalom rendszerszerű felfogásában és az egyes társadalmi szférák alrendszerként való felfogásában Spencer rendszerelméletét követte: "A társadalmi szervezet egyes ágai: a tudomány, a művészet és az erkölcs éppúgy, mint a jog és a gazdaság ennek a komplikáltan működő társadalmi szervezetnek egymást kiegészítő részeként tekintendők" (Somló 1901:23).

E mellett tiszta marxista tételek is kicsengenek e gondolati korszakának írásaiból. A marxi utópia a társadalom tudományos átláthatóságának növekedéséből fakadó tökéletes társadalomirányítás megvalósulásáról és a jog korlátlan változtatási képességéről mestere után Somlót is elbűvölte: "A jog változtatási szabadsága pedig egészen határtalanra fog válni. E szabadságnak még két korlátja van. A jognak még mindig bizonyos szenteltségekkel való körülvétele, de főleg az uralkodó és a kizsákmányoló osztályok ellentéte. Ezen ellentétektől eltekintve a jog változtatására való törekvés már ma is nagy mértékben szabadabbá vált. A jog racionalizálódása azonban hatalmas léptekkel halad tökéletes megvalósulása felé (Somló 1905:103). E "szenteltségek" alatt, melyek a jog változását korlátozzák, a hagyományokat érti Somló, de ezek szétporladnak, és így "...a jog is tisztán célszerűségi szabályok gyűjteményévé lesz" (Somló 1905:104).

Hagyomány, szokásjog, a jog belső fogalmi hálójának jogalkotást akadályozó jellege nem jöhet számításba ekkor Somlónál, és lényegét tekintve éppoly decizionista törvénypozitivizmus jellemzi ezt a jogfelfogást, mint ekkori mestere, Pikler Gyula belátásos jogelméletét. Az eltávolodás ettől az elmélettől Rudolf Stammler munkáin keresztül történik eleinte, akit ugyan először csak a marxi történelmi materializmus jobb megértése kedvéért olvasott Somló - Stammler e tan bírálata mellett kitűnő összefoglalást is adott a történelmi materializmus jogfelfogásáról -, és miután megismerkedik Stammler kanti filozófiát elemző műveivel, kezd el Somló is Kanttal foglalkozni. (Az 1905-ös jogbölcseleti mű megjelenése előtt nem található Somlónál Kantra való hivatkozás, de egész ekkori szellemi háttérétől a legnagyobb mértékben

idegenek voltak a kanti filozófia kiindulópontjai.) A fordulat jelei 1908 körül mutatkoznak Somló írásaiban, amikor elveti a jogbölcselet pszichológiára építését - ekkor alakul ki egy nagy vita erről közte és Pikler között, amely aztán végleges szakításukhoz vezet - majd a jogbölcselet szociológiától való megtisztítását kezdi sürgetni, és 1911-re a fordulat teljessé válik: Somló a Németországban ekkor kibontakozó újkantianizmus követőjévé és később elismert alakjává válik (Moór 1921:26-29).

Eleinte ugyan még eltér Kanttól abban, hogy az erkölcsi szférát nem az autonóm erkölcsi értékekre vezeti vissza, hanem a társadalom mindenkor pozitív moráljában látja megvalósulni azt, de néhány év múlva, élete utolsó éveiben már hiánytalanul a rigorózus kanti erkölcsi értékek alapjára áll át. Tanítványa, Moór Gyula így ír erről Somlónak szentelt emlékezésében: "Somlónál az erkölcsi tartalomnak a fogalma a pozitív morál fogalmával esik egybe. Nincsen más erkölcs csak a pozitív morál...Hogy azután, hogy jön létre a pozitív morál...az szociológiai ténykérdés" (Moór 1921:34).

E második korszakában írja Somló "Jogi alaptan" c. munkáját, melyet 1917-ben jelentetett meg Németországban, és ez a műve az újkantiánus jogfilozófia egyik alpművének számított ezután. Magyar nyelven ennek rövidített - egyetemi előadásaira szánt - változatát "Jogbölcselet" címen jelentette meg 1920-ban. (Ez utóbbi - egy jogfilozófiai szerzőket elemző bevezető fejezeten kívül - teljes mértékben tartalmazza a nagy mű gondolati anyagát, így a következőkben ebből a magyar nyelven megjelent munkából idézek majd.)

Itt megjelenő jogkoncepciója szempontjából döntő jelentőséggel bír, hogy a tartalmi jogi fogalmakat, melyekre a tételes jog szabályai épülnek, kirekeszti vizsgálódásaiból Somló, és csak a jog fogalmából eredő "szükségyszerű" fogalmakat, elemeket építi be jogi alaptanába (Somló 1995:9). E kiindulópontja miatt a jogdogmatikai kategóriarendszer kiesik vizsgálódási köréből, és mint a tételes jogi szabályok esetleges tartozéka jön csak számításba. A jog alakításában így a jogtudományi tevékenységnek és a jogtudósoknak csak kiegészítő és alárendelt szerep jut, és ebben a törvényhozó mellett csak a szokásjog alakítói kaptak feladatot. Somló korábbi államközpontú jogkoncepciója nagyrészt most is megmarad - igaz, itt már nem esik szó a tudományos társadalomalakítás államra háruló szerepéről -, és a jog fő meghatározója itt is az állam. Maga az állam nem más Somló felfogásában - ha a történelemben eddig kifejlődött társadalmi alakulatok között szemléljük az államilag szervezett társadalom sajátosságát -, mint a társadalomnak az a formája, amelyben a társadalom tagjai követik egy jogalkotó hatalom szabályait. Az állam tehát maga a jogalkotó hatalom: "Az államnak nem alkotható meg olyan fogalma, amely ne foglalná magában a jogét, és nem lehet olyan jogfogalmunk, amely ne hozná magával az államét. E két fogalom közös alkotó eleme a jogalkotó hatalom fogalma" (Somló 1995:70).

A jog létrehozásában a központi szerep a törvényhozóé Somló felfogásában, de ennek alárendelten elismeri a népszokások és a bírói gyakorlat szokásjogot teremtő erejét is. Az alárendelés abban is megmutatkozik, hogy mind a népszokás, mind a bírói gyakorlatban kikristályosodott szokás esetében a jogi minőség létrejöttét ahhoz a fikcióhoz köti Somló, hogy ezek azért nyerik el szokás-jogi jellegüket, mert a jogalkotó hatalom hallgatólagosan jóváhagyta őket. Ennek másik oldala pedig az, hogy így később bármikor ezekkel ellentétes szabályokat alkothat a jogalkotó, és ezzel megszünteti ezek jogi jellegét. A jog központja így e jogfelfogásban az állami jogalkotó, és az ettől távolabb létrejövő szokások jogi jelleggel történő felruházódásához e központ - hallgatólagos - jóváhagyása kell. Ha népszokásról van szó és a bírák átveszik ítéleteikbe ezt, akkor a szentesítés első fázisa megtörtént, de ez

a szentesítés akkor lesz csak teljes, ha az idő múlása azt mutatja, hogy az állami jogalkotó, semmit nem téve ellene, hallgatólagosan jóváhagyja ezt az átvételt. Ugyanez a helyzet, ha a bírói gyakorlatban kialakult szokásról van szó. A jogi jelleget itt is az állami jogalkotó - a törvényhozó - hallgatólagos jóváhagyása hozza létre.

Fellép Somló a szabadjogi iskola ellen, amely a bírói jogalakításnak az alárendelt jelleg helyett a jog alakítójának központi szerepét juttatja, de ugyanígy fellép a decizionista törvénypozitívizmus szigorú válfaja ellen is, amely teljesen megtiltana a szokásjogi jogképződést, és a szokás joggá válásához kifejezett törvénybe emelést követel meg (Somló 1995:109). Mint láttuk, korábban Somló is ezt vallotta, és legfontosabb változást jogfelfogásában az ettől való eltávolodás jelentette második gondolkodói korszakában.

Összegezve ezt a jogfelfogást az állami jogalkotás központi szerepét, a népszokások és a bírói gyakorlat jogteremtő erejének korlátok közötti elismerését és végül a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenység szinte teljes visszaszorítását állapíthatjuk meg.

Moór Gyula, majd később Horváth Barna e tanokból kiindulva tudta létrehozni elméletét, és míg Moór erősebben a jog állami meghatározása felé vitte el Somló kiindulópontjait, Horváth a szabadjogi iskola bírói jogtalálását helyezte jogkonceptiója középpontjába.

### 3.2. Moór Gyula és Horváth Barna jogkonceptiója

Az elemzés elkezdése előtt jelezni kell azt a nézetünket, hogy a magyar jogéletben ható jogelméleti gondolkodás elmúlt évszázadának történetét két, eltérő gondolati vonulat együttes elemzésével lehet csak a teljesség igényével feltérképezni. Egyrészt vizsgálni kell a kifejezetten jogfilozófiai címkével ellátott és e gondolati hagyományon belüli irányokat és szerzőket, de másrészt látni kell, hogy a gyakorlati jogélet jogfelfogását közelebbről meghatározó szakjogági tudósok elemzései között is meghúzódik egy jogelméleti vonulat, és ez sokszor alapvetően más tematikát ápol, mint ami az előbbiből kivehető. Így, ha a kifejezetten jogfilozófiai vonal képviselőinél nézzük meg a magyar jogfilozófiai gondolkodás fejlődését, akkor Virozsil Antal, Pulszky Ágost, Pikler Gyula, Somló Bódog, Moór Gyula és Horváth Barna jelentik számunkra "a" magyar jogelméletet. De ha átlapozzuk a korabeli főbb magyar jogi folyóiratokat - pl. Magyar Jogász Újság, Magyar Jogi Szemle, Jogtudományi Közlöny, Jogállam, Magyar Jogászegyleti Értekezések, - és kiemeljük a jogelméleti relevanciával rendelkező írásokat, akkor magánjogászokat, közigazgatási jogászokat és más, elsősorban szakjogtudományokkal foglalkozó szerzők tucatjait találjuk, akik az adott korszak "hivatalos" jogfilozófiai szerzői mellett más jogelméleti hagyományokat ápolva írtak jogelméleti cikkeket. Általánosságban azt lehet mondani, hogy a vizsgált korszak jogfilozófiai műveiben felvetett problémáknak és gondolatoknak csak kisebbik része volt releváns a gyakorlati jogélet szellemi légkörében, és míg itt a jogélet belső problémái által indukált jogelméleti problémákat vitatták meg, addig a "hivatalos" jogfilozófusok gondolatai és elemzései nagyobb részt az *általános társadalomfilozófia* kérdései körül összpontosultak. Ezért pl. Moór Gyula vagy Horváth Barna munkái legalább annyira fontosak a magyar társadalomelméleti gondolkodás és elméleti szociológia hazai története szempontjából, mint a jogfilozófia elemzői számára. A gyakorlati jog átfogó kérdései azonban sok szempontból kiszorultak elemzéseikből, és az ilyen jellegű vizsgálatok



kerültek így át spontán módon az elméleti hajlammal rendelkező szakjogászok területére (Így pl. említeni lehet ezek között Nizsalovszky, Szladits, Beck Salamon '30-as években keletkezett jogelméleti jellegű tanulmányait.)

Ennek alapvető oka az újkantiánus jogfilozófia kiindulópontjából eredt, és még ha ezt az irányzatot mind Moór Gyula, mind Horváth Barna - eltérő fokban és mértékben - maga mögött is hagyta, a valamikori kiindulópont meghatározta a jogfilozófiai (vagy Horváthnál: az elméleti jogszociológiai) kutatásaik kereteit. E kiindulópont pedig azt mondja, hogy a jelenségek kutatásánál az *a priori* gondolkodási formákat el kell választani az *a posteriori*, vagyis a tapasztalati jelenségektől. Az *a priori* tiszta, tapasztalat előtti gondolkodási formák mint a tapasztalás előfeltételei önállóan kutathatók. Ezt a kanti filozófiai gondolatot vitte következetesen végig Somló Bódog 1917-es, német nyelven megjelent "Jogi alaptan" című munkájában, és a jogfilozófia szerepét a magából a jog fogalmából eredő *a priori* jogi alapfogalmak elemzésére korlátozta (Somló 1996:5-7). Ez a kiinduló pont határozta aztán meg a Somló-tanítvány Moór Gyula és a szintén újkantiánusoktól induló és Moór Gyula művein is szocializálódó Horváth Barna jogelméleti gondolkodását is. Különösen Moórnál találunk olyan kifejezett utalásokat, amelyek a tapasztalati jogi fogalmakat kutató "általános jogtant" - mint nem igazi jogfilozófiát - elutasítják (Moór 1945:24; 1994:82), és csak a jog fogalmából eredő "tiszta" jogi fogalmakat, illetve az ehhez szükséges okozati valóság szociológiai összefüggéseit, valamint a jogi értékek problémáját tekintik a jogfilozófia területére tartozónak.

Nézzük meg közelebbről először Moór Gyula, majd Horváth Barna elméleti gondolkodásának és jogkoncepciójának főbb összetevőit.

### 3.2.1. Moór Gyula jogelméletének keretei

Somló Bódog 1920-ban bekövetkezett halála után a szegedi Ferencz József Egyetem professzora, Moór Gyula (1888-1950) jelentette egy évtizeden keresztül "a" jogfilozófust, majd - az időközben az ő támogatásával fejlődő - Horváth Barna szerzett a '30-as évektől publikációival jelentősebb nevet jogfilozófusként a magyar szellemi életben. Moór elméleti fejtegetései és elemzései közül három gondolati irányt kell a következőkben kiemelni: a társadalmi lét mibenlétére vonatkozó felfogását (1); a jog szerkezetére irányuló elképzeléseit (2) és végül a jogfilozófia irányzatai közötti állásfoglalását (3).

#### 3.2.1.1. A társadalmi lét mibenléte

Moór legeredetibb gondolatai a jogból kiindulva és az annak előkérdéseként tárgyalt társadalmi lét mibenlétére vonatkoztak. E téren kétirányú elhatárolódást találhatunk nála, melyek meghatározták pozícióját. Elhatárolta magát a társadalmi lét "naturalista" felfogásától, ami a társadalmi jelenségek kutatásában és e jelenségek megfogalmazásakor a társadalomban is csak egy "darab természetet" látott, és a természeti okozatiság törvényei szerint próbálta megérteni a társadalmi jelenségeket és történéseket. E felfogásra a XIX. századi szociológia nézetei jelentették számára a példát, és minél inkább "természettudományi szociológia" jellemezte e nézeteket, annál inkább a szellemi jellegű társadalmiság elvétét látta bennük. E torzítás feloldását és a társadalmi lét sajátosságaihoz való közeledést ismerte el a Wilhelm Dilthey, német filozófus által kialakított szellemtudományi módszerben, amely a társadalmiság szellemi jellegére tette a hangsúlyt, a természeti valóságtól elkülönítve ezt a létszférát (Moór 1936:24).

A társadalmiságot a természeti valóság törvényeire visszametsző naturalizmus

elvetése mellett szembezállt Moór, mint másik véglettel, az újkantiánus megoldással is, ami a társadalmi jelenségek megragadásában egyrészt az okozati lét felé, másrészt az okozatiságtól különálló érvényesség felé tolja el a vizsgált társadalmi jelenségeket, és ezeket, mint a mereven elválasztott Lét (Sein) és a Legyen (Sollen) szféráit állítja egymással szembe. Ily módon az okozati lét teljesen különállóvá válik az értékelésre és normákra szabott Legyen világtól. Az újkantiánus jogfilozófia ezen az eszmei alapon helyezte a jogot mint normát a Legyen birodalmába, melyet így elhatárolt minden idő- és térbeli okozatos behatástól, és mint tiszta ideális érvényességet fogott fel.

Moór Gyula ebben a gondolati irányban éppúgy a társadalmiság - és benne a jog - elvételét látta, mint a naturalista szociológiában, mely pedig a szellemi mozzanatok sajátosságát tüntette el a társadalom jelenségeinek vizsgálatából. Megoldási útja megtalálása előtt jelezni kell, hogy az újkantiánus filozófiának két irányzata volt, és míg az egyik, az *un. marburgi iskola* a szellemi megragadástól független valóság teljes tagadásából indult ki, és a valóságot a mindenkori megismerő fogalmai által létrehozott konstrukciónak tekintette, addig az *un. badeni vagy más néven délnémet irányzat* elismerte a szellemi megragadástól független realitást. Az utóbbi iskolából származó Heinrich Rickert (1857-1932) dolgozta ki az érték és a valóság merev elválasztását meghaladó koncepciót a társadalmiság mibenlétére vonatkozóan, és azt mint "értékes valóságot", vagyis az értékek és eszmék által áthatott valósággént fogta fel (lásd magyar nyelven: Rickert 1987:98-157). Rickert segítségével jutott el aztán Moór arra a gondolatra már a '20-as évek elején, hogy *az újkantiánus Lét és Legyen elválasztása helyett az értékekkel és eszmékkel áthatott egységes társadalmi valóságot kell alapul vennie*. (Ez a gondolata nagy ösztönzést adott az ekkor épp jogelméleti gondolkodása kiépítésének elején tartó Horváth Barnának, aki ha más konkrét megoldással is, de ugyanígy a Lét és Legyen rendszeres összekapcsolását kívánta megoldani később jogelméletében.)

Az újkantiánus Lét és Legyen dualitás elválasztásának meghaladását Rickert mellett Nicolai Hartmann 1933-as, a létszférák rendjére vonatkozó elmélete segítette Moór Gyulánál, és ezen a megerősített elméleti alapon írja 1934-es tanulmányában, hogy "A társadalmi lét két különböző jellegű összetevő eredője. Azok az alkotóelemek, amelyek a pszicho-fizikai realitás körébe tartoznak, a tapasztalati valóság szigorú okozatos szükségszerűségének törvényét követik. A szellemi tartalom azonban, amely a társadalmat létrehozza és összetartja, nincsen alávetve a pszicho-fizikai realitás törvényszerűségeinek, s saját külön törvényei, az eszmék belső logikájának törvényei szerint igazodik" (Moór 1934: 12). A társadalmi jelenségek tehát - mondja most már Hartmann elméletére alapozva - nem a Lét és a Legyen kettéválasztásával érthetők meg, hanem inkább a testi-lelki folyamatok és az e fölötti szellemi lét folyamatainak egymásra épülésével.

Jelezni kell, hogy Hartmann abból indul ki, hogy az egymásra épülő létszférák közül a magasabb rendű csak az alacsonyabb létszférára ráépülve működhet, ám ha létezik egy magasabb szintű létszféra, akkor az átformálva működteti az általa érintett alacsonyabb szintű létszféra törvényszerűségeit. Jelen esetben, a szellemi lét termékei folyamatosan átformálják a testi-lelki lét okozatos törvényszerűségeit és belefoglalják ennek működésébe (Hartmann 1972; 1974).

Mivel az elmúlt fél évszázad alatt a Dilthey-Rickert-Hartmann féle gondolati kincs a társadalmi lét értelmi-szellemi jellegéről és működéséről pontosabb alakban került kifejtésre - például Niklas Luhmann egész elmélete e körül forog már sok év óta -, erről a szintről visszatekintve jól látható, hogy *Moór Gyula félúton megrekedt a társadalmi lét mibenlétének megragadásában*. Ha ugyanis a társadalmi jelenségek a lelki folyamatokba belefoglalódó szellemi-értelmi mozzanatok egységét jelentik, akkor

egy-egy társadalmi jelenség - mint pl. a jog, a művészet, a tudomány stb. - működésében azokat az értelemadó összefüggéseket kellett volna a vizsgálódás középpontjába helyezni, amelyek az egyes cselekvések közötti "szellemi kapcsokat", "értelmi egységbe-foglalásokat" biztosítják. Ám miközben Moór társadalomelméleti szinten a legkonkrétabban megfogalmazta előbb idézett tanulmányában, hogy "...az emberi cselekvéseket...a szellemi kapcsok foglalják társadalmi jelenségekké...", a jog mint társadalmi jelenség esetében rendszeres műveiben (1923-as "Bevezetés a jogfilozófiába" c. könyvében, ill. az ennek bővített formáját jelentő, először 1936-ban megjelent "Jogfilozófiá"-jában) megelégedett azzal, hogy az *egyes cselekvéseknek* jogi értelmet adó tételes jogi szabályokat jelzi ilyen kapcsokként.

*Mi fogja azonban egybe az egész jogi rendszert értelmi egységgé?!* E kérdésre két, ellenkező irányba mutató megoldást találunk Moórnál, és míg az egyik a jogdogmatikai fogalomrendszer felé mutat - ez egyetlen írásában található csak (Moór 1928:7) -, addig a másik, a "hivatalos", (mert életműve egészéből és egyes írásaiból is többször ez derül ki) az állami jogalkotó akaratot helyezi a középpontba.

Miközben tehát korának legelementárisabb társadalomelméleti kérdését - a társadalmiság mibenlétének korábbi naiv-naturalista megválaszolását, illetve más irányban felfelé vivő újkantianus megoldását elvetve - a legmélyebb belátással tudta kiindulópontban felvetni, a jogra konkretizálva nem sikerült ebből levonnia megfelelő mélységben a következtetéseket.

### 3.2.1.2. A jog belső szerkezete

Ebben az irányban Moór gondolkodásának főbb kereteit a következőkben lehet kijelölni:

1. Elvileg kirekeszti a jogfilozófia köréből, hogy a tételesjogi szabályokban használt általános jogi fogalmakkal foglalkozzon, és mint erre már utalás történt, ez Somló Bódog "tisztá jogi alaptanának" átvételéből eredt nála. Így hiába haladja meg valamikori mestere újkantianizmusát társadalomelméleti szinten, jogelméleti kiindulópontjánál reflektálatlanul megmaradt a Somlótól átvett gondolatnál. Ezért tulajdonképpen nem is az általános jogi fogalmakat elemzi jogfilozófiájában, hanem a jogtudományok módszertanán belül a tételes jogtudományok módszertana kapcsán elemzi a doktrinális-jogdogmatikai tevékenységet (Moór 1994:51-65). Ebből a hozzáállásból következik, hogy így csak érintőlegesen foglalkozik a jog belső szerkezeti problémáival.

2. Az érintőleges foglalkozásból is kiderül azonban a tételes jog és a jogdogmatikai kategóriák közötti viszonyra vonatkozó felfogása, és ennél kell visszatérni *a jog értelmi egységénél előbb jelzett, két irányba futó megoldásainak elemzésére*. Írásainak többségében Moór is elfogadja a XIX. század végétől, a pandekta jogtudomány visszaszorulása óta végbement szellemi fordulatot a jogdogmatikai tevékenység megítélését illetően, és ezt nem a tételes jog előtt álló, annak számára kötelező kategóriák rendszereként, hanem pusztán a tételes jogi szabályok utólagos rendszerezőjeként, szétszóró fogalmainak egységesítőjeként kezeli: "...a tételes jogtudomány számára rendelkezésre áll egy szilárd talaj, a jogszabályok, s tevékenysége arra szorítkozik, hogy a jogalkotó által létrehozott jogszabályokat összegyűjtse, áttekinthető rendszerbe foglalja, azok értelmezését kifejtse. Azt amit a jogalkotó mond, a tételes jogásznak dogma gyanánt el kell fogadnia..." (Moór 1994:51). A jogalkotó szabad döntéseként létrejövő jogi szabályok alkotása elé nem szabad korlátként helyezni a jogdogmatikai kategóriákat - összegezhethetjük az előbbi szövegrészlet alapján Moór Gyula álláspontját, és ennek megerősítésére idézni lehet

még állásfoglalását a múlt századi, öntudatosabb jogdogmatikusok szerepéről: "Nem szabad beleesni abba a hibába, amit a múlt század tételes jogászai sokszor elkövettek, hogy ezeket a jogi fogalmakat, amelyeket így a változó tételes jog elemzése révén megalkottak, olyan változatlan valaminek tekintették, amelyek még a jogalkotót is kötik" (Moór 1994:53). Ez az ún. inverziós eljárás, mondja Philip Heck nyomán, és ezt nem szabad elfogadni ezen álláspontja szerint (Moór 1923:76; 1994:63).

Van azonban Moór Gyulának egy 1928-ból származó tanulmánya, amely polárisan szembenálló megállapításra jut. E tanulmányában, miután ismerteti Max Salomon, német jogfilozófusnak az állami jogalkotás korlátlanására vonatkozó álláspontját, illetve azt a nézetét, hogy a jogon belül nem értelmi (tartalmi) egység van, hanem csak a jogalkotó kívülről bevitt akarata hozza ezt létre, így ír: "Nézetem szerint Salomonnak ebben nincs igaza. Felfogásának a mélyén az a rabulisztikus okoskodás rejlik, hogy mivel csak az lehet a jog, amit a jogalkotó jognak nyilvánít, azért amit a jogalkotó annak deklarárl, az jog is, s így a jogalkotó tetszésétől, akaratától függ, hogy mit illeszt be a jog úgynevezett egységébe. Ezzel szemben kétségtelen, hogy ha a jogalkotó akaratától függ is az, hogy mit tesz joggá, másrészt a jogalkotó függ tevékenységének azoktól az ő akaratától független határaitól, amelyek eldöntik, hogy teheti-e egyáltalán akarat-elhatározását joggá. Azt mondhatnám tehát, hogy nem a jogalkotó akarata alkotja meg a jogrendszer egységét, hanem hogy épp ellenkezőleg a jogrendszer logikai egységének a szempontja határozza meg, hogy mit tehet a jogalkotó joggá" (Moór 1928:7). Nos tehát ez az álláspont az előbbieken kárhoztatott "inverziós eljárás" álláspontja, és míg az előbbinél inkább Salomon felé hajló nézet bukkant fel Moór álláspontjaként, itt a XIX. századi, a jogalkotás meghatározásában nagyobb szerepet igénylő jogdogmatikusok érveit ismétli meg. Részben gondolati rejtélynek tűnik, miért állt meg Moór e tanulmánya után az itt felvetett jogdogmatika-felfogás és az ebből következő jogkonceptió továbbgondolásában, de talán nem járunk messze az igazságtól, ha jelezzük, hogy az 1920-'30-as évek gondolati-szellemi légköre és az irányadó szellemi küzdelem a bírói jogot preferáló szabadjogászok, a jogi realisták között egyrészt, illetve Kelsen és a törvénypozitivisták között másrészt teljes magányosságra ítélte volna a "XIX. századi, avítt" jogdogmatika domináns szerepe mellé ekkor lecövekélő Moór Gyulát.

Így életműve egészében a jogdogmatika háttérbe tolását és a jogalkotónak a tételes jog alkotásában való szabad rendelkezését vallja Moór Gyula, és ezzel szemben egy átfogó társadalomelméleti szintről lehet vele szemben kritikát gyakorolni. Ugyanis így elsikkad az az összefüggés, hogy egy adott bonyolultsági (vagy más szóval: komplexitási) szint felett a társadalmi jelenségek értelmi összefüggései csak *egy meghatározott rendszerszerűség biztosítása mellett* nem fulladnak káoszba, és válik lehetővé ezek folyamatos működése. Minél komplexebbé válik az értelmi összefüggések hálózata egy társadalmi jelenség esetében, annál inkább csak a rendszerszerűséget biztosító értelmi tartóoszlopokra (struktúrákra) tekintettel lehet a változtatásokat is eszközölni a jelenség felépítésében és működésében. A modern komplex jogrendszerek tehát nemcsak abban különböznek a társadalom jogon túli normarendszereitől, hogy végső soron szankcionálás kényszeríti ki e normákat - mint azt Moór Gyula "Jogfilozófiá"-jában írja (1994:177) -, hanem abban is, *hogy a komplex értelmi rendszerszerűséget biztosító fogalmi apparátuson épülnek fel a jogban az egyes szabályok*. Ekkor azonban a jogalkotó is csak úgy nyúlhat bele a tételes jogba és tervezhet el változtatásokat, hogy a jogdogmatikai kategóriák lehetőségei által szabadon hagyott térben eszközöl változtatásokat. Természetesen ez nem jelenti már a jogdogmatikusoknak azt az uralmát a XX. században, mint amelyet a korábbi évszázadban ez a jogdogmatika-konceptió maga után vont. Hisz a kibomlott egyetemi jogi szférában tevékenykedők ma már a de lege ferenda javaslatok tömegeit hozzák létre és publikálják folyamatosan, melyek között a jogalkotó politikusok válogatnak, és ezek társadalmi következményeit mérlegelve választják ezt

vagy amazt a javaslatot. Ezzel szemben a múlt században - a politikai demokrácia intézményeinek kiépülése előtt - egy-egy jelentős jogászprofesszor mint az uralkodó vagy egy minisztere által kiválasztott tekintély egyedül alkothatta meg közvetlenül a fontosabb törvények, kódexek tervezetét.

Nos, tehát az értelmi komplexitás figyelmen kívül hagyása az az ok megítélésünk szerint, amely miatt Moór "hivatalos" felfogásában a jogalkotó jogdogmatikailag nem kötött szabadságát mondja ki. Persze ezután - inkább gyakorlati megfontolásokra tekintettel - bizonyos kötöttséget mégis elismer a jogalkotó felé, ám ezt csak elméleti helyi érték nélkül teszi: "Gyakran előfordul ugyanis, hogy a jogalkotás is hasznát veheti azoknak a jogi fogalmaknak, amelyeket a tételes jogtudományok megkonstruálnak. A jogalkotónak akkor, amikor egy új szabályt alkot, tisztában kell lennie azzal, hogy ez az új szabály hogyan illeszkedik bele az eddigi jogszabályokba. Ismernie kell tehát az eddigi jogot" (Moór 1994:56). A jogdogmatika tehát az egység felmutatásával a jog egészének ismeretét közvetíti a jogalkotó felé - ismeri el Moór, de nem veszi revízió alá tézisént a jogalkotó szabadságát illetően. Sőt, a jogdogmatika elfajulásának nevezi "Jogfilozófiá"-jában néhány oldallal az előbbi idézet után, ha "...a jogszabályok tartalmából levont jogi fogalmakat önálló és változatlan jogi valóságnak tekintették, amelyből újabb jogszabályok dedukálhatók" (63 p.).

3. Itt kell kitérni Moór Gyula jogpolitika-konceptiójára. E koncepció főbb elemeit az alábbiakban lehet megadni:

- A jogpolitika a fennálló jog kritikáját jelenti, illetve az alternatív jogi szabályozások, az ún. *de lege ferenda* szabályozási modellek kidolgozását;
- Ez a jogkritika "az emberi célok, a nemzeti és általános emberi, erkölcsi eszmények szempontjából történik" (Moór 1994:19).
- Végül harmadik jellemző ebben a jogpolitika-konceptióban, hogy a jogpolitika tudományok közé tartozását vallja, sőt, amennyiben a lehetséges értékmérők közül a jogbölcselet általános (erkölcsi) értékmérőit alapulvéve történik a jogkritika, akkor a jogpolitika mint a jogbölcselet alkalmazott tudománya fogható fel (Moór 1994:69).

Nézzük meg közelebbről, más jogpolitika-konceptiókkal ütköztetve, e jogpolitika felfogás háttérfeltevéseit (lásd Larenz 1979; Weinberger 1986).

Felmerül először is a *de lege ferenda* szabályozási modellek jogpolitikába utalásának kérdése. Moórnak ez a döntése - megítélésünk szerint - összefüggésben áll az előbb elemzett jogdogmatika-felfogásával. Azzal ugyanis, hogy a jogdogmatikát a tételes jogi szabályok mögé szorítja, és csak azok rendszerezésében látja szerepét. Ha azonban tartalmilag nézzük meg a *de lege ferenda* szabályozási modellek kidolgozási sémáját, akkor azt láthatjuk, hogy ez mindenkor két oldalra figyelve megy végbe. A szabályozási javaslat kidolgozója kaphatja az ösztönzést tevékenysége elkezdéséhez a gyakorlati jogi életben felmerült feszültségekből, amikor egy szabályozás és ennek eseti alkalmazása meghatározott társadalmi csoportok igazságérzete és/vagy érdekei, illetve értékei szempontjából feszültséget keltenek, vagy egyszerűen az élet változásai miatt hiányzik egy hatályos szabályozás. E jogn túl impulzus mellett azonban a *de lege ferenda* szabályozási modell kidolgozása közben központi jelentőségű az, hogy a szabályozási területen levő jogdogmatikai kategóriákra, disztinkciókra és ezek összefüggéseire tekintettel is alakítsa a javasolt szabályozást. S miután kibomlott az elmúlt évszázadban az egyetemi jogászság sok száz - nagyobb országokban sok ezer - fos serege, akik végzik jórészt ezt a munkát, az itteni tevékenység ethosza, jutalmazási és fegyelmezési mechanizmusai elsősorban ennek figyelembe vételére kényszerítik a *de lege ferenda* javaslatok kidolgozóit. Alapvetően tehát a *de lege ferenda* javaslatok is a jogdogmatikai tevékenység termékei, és ezek sokasága található a jogtudományi közlönyök, szemlék termékeiben.

*Érdeemesnek tűnik így a hatályos jogszabályok kritikáját, amennyiben az a jogdogmatikai kategóriák fényében történik, különválasztani a politikai következményekre figyelő jogkritikáktól.* Tegyük hozzá rögtön, hogy ez különösen azon országok jogrendszereiben válik fontossá, ahol kibomlott többpárti politikai rendszer létezik, és ahol így szisztematikusan gyűjtik az egyes pártpolitikusok a saját politikai csoportjaik érdekeinek és értékeinek jobban megfelelő jogváltoztatási javaslatokat, és támadják a más társadalmi csoportok érdekeit/értékeit érvényesítő de lege ferenda javaslatokat. Hozzá kell tenni persze, hogy Moór Gyula idején, a két világháború közötti évtizedekben Magyarországon, bár már volt ilyen többpárti politikai rendszer, de a rendszeres pártpolitikai jogi programok kidolgozása és a jogpolitikai küzdelmek még nem fejlődtek ki. A mai állapotok mellett azonban, ahol a tisztább pártpolitikai jogi küzdelmek jól láthatóan kialakultak már lassanként nálunk is, tisztábban lehet látni a jogtudósi de lege ferenda modellek jogdogmatikai tevékenységhez tartozását, és a jogpolitikától való elkülönültségét.

Egy másik irányú kritika Moór Gyula jogpolitika-felfogása felé abból indítható, hogy a fennálló jogi szabályok kritikáját "általános emberi célokból", "erkölcsi eszményekből" etc. vezeti le, így összemosódhat nála a jogpolitika a jogi értéktannal. Ez összefügg egyrészt azzal, hogy Moór általában is elhanyagolja a társadalom egészének elemzésében az *érdektagságból fakadó* társadalmi küzdelmek tematizálását, és megáll az etikai eszmények és értékek ellentmondásainak és küzdelmeinek jelzésénél, másrészt az ő korában létező politika érdekartikuláció kiforratlanságára kell felhívni a figyelmet. A politikai érdekharckok és szembeállítások mögött persze sokszor lehetnek és vannak is mélyebb érték-összeütközések, de nem lehet bennük eltüntetni a primerebb politikai szembenállásokat és az ezek alapján végbemenő jogváltoztatási törekvéseket. Azt lehet mondani, hogy ha Moór Gyula a politikai érdekharckokat és ennek ideológiai mechanizmusait jobban figyelembe veszi, akkor már az 1930-as évek Magyarországon is jobban el tudta volna különíteni a jogdogmatikai de lege ferenda modellekre irányuló tudományos munkát a politikai harcok jogpolitikai aspektusától.

Harmadsorban kritizálni kell Moór felfogásában a jogpolitika *tudományként kezelését* is. Amennyiben tudományos ez a tevékenység, annyiban inkább a jogdogmatikai-doktrinális szférába tartozik, amennyiben pedig tényleg jog-politikai, annyiban érdekharckok szemszögéből való jogváltoztatási tervek kialakítását jelenti, ami viszont már nem tudomány, hanem politika.

Összegezve e fejtegetéseket, Moór Gyula jogpolitika-felfogását minden szempontból elhibázottnak lehet tekinteni, és azt kell mondani, hogy az általa szem előtt tartott terület - vagyis az eszményi értékeken és a fogalmi rendszereken (is) orientálódó de lege ferenda szabályozási modellek területe - a jogdogmatika területének tekinthető, és nem az empirikusan is jól lokalizálható jogpolitikai szféráénak.

Új oldalról enged bepillantást Moórnak a jog szerkezetére vonatkozó egész álláspontjába a *joghézag elmélete* körül folyó vitában megjelent tanulmánya (Moór 1939). "Jogfilozófiá"-jában és az eddig vizsgált többi írásában ugyanis első sorban a természetjog elutasítása, a jogdogmatika háttérbe szorított szerepben történő elfogadása és az állami jogalkotás tisztelete volt kiolvasható, de a bírói jogfejlesztés értékelésére nehéz volt egyértelmű álláspontot leszűrni. Ezért látszik fontosnak ez az 1939-es tanulmány, mivel ez a többi írásból csak sejtethető elutasító álláspontot az aktív bírói szereppel szemben a legtisztábban kimondja.

A jog hézagmentességét illetően a két szembenálló álláspont egyike a jog logikai zártságának elmélete, melyet Moór Gyula előtt Somló Bódog védett Magyarországon

a legtisztábban (lásd 1911-es tanulmánya újrakiadását: Somló 1996), és ezzel állt szemben a joghézag elismerésének elmélete. Az elsőnek említett állásponthoz csatlakozva Moór logikai ellentmondásnak látja a joghézag feltételezését a jogban. Ugyanis ha a jog valamilyen részletet nem szabályoz, az nem hézag, hanem jogilag közömbös, tehát szabadon lehet e tekintetben cselekedni. Aki ezzel szemben kritizálja ezt a fennálló jogi állapotot és bírói döntést akar létrehozni, az joghézagot mond itt. A joghézag elméletének hívei úgy érvelnek, hogy a jogalkotó elfelejthet valamilyen részletet szabályozni, amikor átfogóan azt szabályozás alá vonta, vagy az élet úgy változhat a szabályozás időpontja óta eltelt időben, hogy egy hézag keletkezhetett. A jog logikai zártságának hívei, így Moór is, ennél úgy érvel, hogy ha az élet változik, vagy e nélkül is egy életviszony jogi szabályozást sürget, arra ott a jogalkotó, és ne a bíróság tolja fel magát erre a szerepbe. Meggyőzően mutat ki egy érvet arra, hogy miért nem ezzel a nyílt kiállással sürgetnek jogalkotást a szabadjogászok és a joghézag hívei, hanem joghézagot kiáltva, önmaguk kívánják ezt betölteni: "Hogy miért nem lép fel ez a jogalkotás szempontjából csak üdvösnek tekinthető jogkritika nyíltan, mint ilyen, a *lex ferenda* zászlaja alatt, és miért nem harcol nyílt sisakkal a rossznak tartott fennálló szabályok megváltoztatásáért, annak oka talán az, hogy a törvényesség hamis látszatával, a *lex lata* megtévesztő lobogója alatt könnyebbnek látszik kellően ki nem érlelt reformtörekvéseket diadalra vinni" (Moór 1939:16).

A tanulmányból a legtisztábban kirajzolódik Moór szabadjogászatot és a bírói jogalkotást elutasító álláspontja, és másik oldalról a jog feletti teljes rendelkezés állami jogalkotó kezébe letétele. A jogdogmatika felerészben háttérbe szorítását az állami jogalkotó szabad döntése érdekében itt a bírói jogalkalmazás legvégletesebb korlátok közé szorítása egészíti ki.

### 3.2.1.3. A jogfilozófiai irányzatok értékelése

A jog elméletének eszmetörténetére vonatkozik Moór Gyula harmadik kutatási területe, és teljes életművében az ide vágó fejtegetések és elemzések teszik ki talán a legnagyobb részt. Ezek szemügyre vétele újabb oldalról enged bepillantást Moór jogkonceptiójának kereteire. (Ez utóbbi azt is jelenti, hogy csak ebből a szemszögből vizsgáljuk meg Moór idevágó elemzéseit!).

A kisebb munkákat figyelmen kívül hagyva, két nagyobb terjedelmű anyagot kell az ide vonatkozó munkák közül bevonni a vizsgálatba. Részletes és rendszeres elemzést találhatunk tárgyunkat illetően az 1936-os *Jogfilozófia* című kötetben (Moór 1994:80-164), illetve az 1945-ben kiadott és teljes mértékben a jogbölcséleti irányzatok elemzésének szentelt kisebb kötet, "A jogbölcsélet problémái" (Moór 1945). Moór jogkonceptióját illető vizsgálódásaink szempontjából három mozzanatot kell kiemelni innen. Örömmel üdvözlő a természetjog eszméjének a XIX. századtól kezdődő kiszorítását, melyben ő a történeti jogi iskola érdemeit emeli ki, ám elveti a szintén a XIX. században kialakuló szociológiai jogfelfogásokat, melyekben a jog sajátosságait illető elvétel mellett a társadalomelméleti alapok vonatkozásában is alapvető tévedést lát; végül a helyes jog elméletében a természetjog leváltását követő korszaknak megfelelő új jogi értéktant lát, amely a jogpolitika tudományában találja meg az alkalmazott tudományát. Nézzük meg részletesebben az ide vonatkozó fejtegetéseit, és az ezekből kibontható jogkonceptiója kontúrjait.

Moór összeegyeztethetetlennek találja a változó társadalom viszonyaival az örök jog gondolatát, és jelzi, hogy míg a görög időkben és a középkori skolasztikában a természetjogi felfogás csak "...néhány egészen általános és alapvető erkölcsi szabályt állított fel természetjogi követelményként, addig ...az a természetjogi iskola - amelyet a XVII. században Grotius alapított, s amely a XVIII. században észjogi iskola

elnevezést kapott...egyenesen arra törekedett, hogy a természetjog tartalmát részletesen meghatározza, vagy az emberi természetből vagy az észből egész természetjogi vagy észjogi kódexeket vezessen le" (Moór 1945:8). Ez azonban utópia - mondja -, hisz konkrét tartalommal bíró és mégis időtlen jogot akarnak felállítani a változó társadalom viszonyai között.

Moór természetjoggal való szembenállását jól példázza az is, hogy míg a történeti jogi iskolát rendszerint, mint a tudatos jogalkotással szembenálló irányzatot tárgyalják, addig ő ezt, mint az örök természetjog megtörőjét állítja a középpontba: "... minden jog történetileg fejlődik, s így a tételes emberi jog felett nem létezhet egy másik, magasabb jog" (Moór 1945:15). Jelezni kell, hogy helytálló a történeti jogi iskolának ez a tematizálása visszafelé tekintve, de időben előre tekintve - a XIX. század az egyre inkább a kibomló tudatos állami jogalkotás százada - a történeti jogi iskola a "másik irányba" is vágott, és a fennálló, elterjedt joggal szembeni új jog alkotása felé is korlátot jelentett. Moór előbbieken bemutatott nézetei a tételesjogi szabályok szabad jogalkotásával kapcsolatban azonban érthetővé teszik, hogy ő nem erre teszi a hangsúlyt a történeti jogi iskola méltatásánál.

A helyes jogra és a jogi értéktanra vonatkozó felfogásában két mozzanatot látunk szükségesnek kiemelni. Az egyik abban áll, hogy ezt mint a természetjog utópikus eszméjének korszerű leváltóját tárgyalja, a másik mozzanatot pedig elemzéseiben az adja, hogy alapvető társadalomelméleti alapjaiból - "a társadalom értékes valóság" - a jogi értéktan fontossága magától értetődően következik jogelméletében.

Nézzük meg először a természetjog leváltójaként tárgyalt helyes jog problematikáját: ".....a jog helyességének vagy helytelenségének megállapítása a tételes jog tartalmának egy magasabb értékmérő szempontjából való megítélését jelenti...a jog helyessége nem jelenthet mást, mint erkölcsi értékelést....A jog helyessége tehát csak az adott történelmi helyzethez mért relatív helyességet és nem abszolút értéket jelent. A természetjogi felfogás hibája, hogy nem jutott erre a belátásra"(Moór 1994:247-248). Némileg később így pontosítja a természetjoggal szembeállított helyes jogot: "De különbözik a helyes jog a természetjogtól abban is, hogy amíg a természetjog nem törődött a valósággal, és sokszor megvalósíthatatlan követeléseket állított oda az ideális természetjog gyanánt....addig a helyes jognál a megvalósíthatatlanság fel sem merülhet, mivel a helyes jog már valósággal létező tételes jog. A tételes jog ugyanis lehet helyes vagy helytelen jog aszerint, amint a helyesség mértékének megfelel vagy nem felel meg" (Moór 1994:254). A helyes (vagy helytelen) jog felett tehát nincs másik "felettes jog", hanem csak különböző etikai értékmérők vannak, ezek pedig számosak és egymásnak ellentmondóak lehetnek. Moór saját felfogása ez ügyben az, hogy ez az értékmérő csak erkölcsi értékmérő lehet - elutasítva ezzel a naturalista vagy az evolucionista értékmérőket -, de jelzi, hogy az erkölcsi felfogások nagy eltérései miatt a legkülönbözőbb értékmérők lehetségesek: "A jog helyességének megítélésére alkalmazandó erkölcsi értékmérő kérdésében a tudományos jogfilozófiai vizsgálódás nem tehet egyebet, mint tudatosan megjelöli azt az erkölcsi felfogást, amelyet a jog értékelésénél alkalmaz" (Moór 1994:252).

A jelzett másik mozzanat Moór jogi értéktanában és a helyes jogra vonatkozó elemzéseiben az, hogy Rickert nyomán a társadalmat "értékes valóságnak" fogja fel, és a jogban mint társadalmi jelenségben az értékmegvalósulás így kiemelt szerepet kap nála. Ebből adódik számára a tételes jog kritikáját és értékelését elvégző jogpolitika kiemelése is, amelyet - mint már jeleztük - az eszményi értékek és célok mentén látja megvalósulni. Így adódik elemzéseiből az összkép, amit az 1945-ös, életének utolsó összegzésének záró lapjain ír a jog alkotó elemeiről, és amely szerint a jog szellemi tartalmak (tételesjogtudományok), értékek (jogpolitika) és ezek okozatos megvalósulásának (jogtörténet, jogszociológia) egységét jelenti (Moór 1945:61). A



jognak ez a többrétegű koncepciója két szempontból kritizálható: a tételes jogi szabályok szellemi tartalmába túlságosan belefogja így Moór a jogdogmatikai kategóriákat, és ezzel eltünteti önálló működésük és továbbfejlesztésük szintjét; másik hibája pedig a jogpolitika érdekharcainak és intézményeinek kirekesztése a vizsgálódásból, és ugyanakkor ennek túlzott belefogása az eszményi értékek és az ez alapján létrejövő de lege ferenda szabályozási modellek szférájába.

*Összegezve azt lehet mondani,* hogy Moór Gyula jogfelfogásának középpontjában a tételes jog állami alkotója és ennek szabad döntési lehetősége áll; ennek alárendelten ismeri csak el a jogdogmatikai tevékenységet, és ezt is szűken tematizálja, hisz egy részét, a de lege ferenda javaslatok szféráját a jogpolitikába utalja; a jog erkölcsi szféra felé nyitottságát szintén a jogpolitikai értékelésekbe és kritikákba befogva látja megvalósulni; és végül mint környezeti feltételeket az okozati valóságot is behozza az érvényesülő jog megértésébe. Mindent összevéve jogkoncepciója egy szigorú törvényt pozitívista jelzővel illethető, míg e koncepció zártsága leginkább a szabadjogászat bírói joga felé erős, de kissé enyhébben a jogdogmatikai pozitívizmus is elutasítást talál nála.

### 3.2.2. Horváth Barna jogelmélete

Moór Gyula mellett Horváth Barna vált elismert és a nemzetközi jogfilozófiában is számon tartott hazai jogfilozófussá a két világháború közötti évtizedekben. Pályájának indulásánál ott bábáskodott Moór Gyula - ahogy az övénel pedig Somló Bódog -, aki ösztöndíj-támogatásait, nemzetközi kapcsolatainak rendelkezésére bocsátását azzal tetőzte be, hogy a szegedi Ferencz József Egyetem Jogi Karán a jogfilozófiai tanszékvezetői professzori állásra - miután őt Somló Bódog utódként a fővárosi Pázmány Péter Tudományegyetem professzorává nevezeték ki - utódként Horváth Barnát nevezette ki. Ez jó viszony hamarosan megromlott, majd a legmélyebb ellenséges beállítódáshoz vezetett közöttük, melyben utólag három kiváltó okot lehet rekonstruálni. Közvetlen kiváltó okot a két jogfilozófus viszonyának megromlásához az adta, hogy Moór plagizálással vádolta meg volt tanítványát, mivel a Moór által már a '20-as évek elején az újkantianizmus meghaladására kidolgozott elképzelését, a Lét és Legyen merev elválasztásán alapuló jog- és társadalom-felfogás korrekcióját más megoldással ugyan, de Horváth is átvette, és német nyelven 1934-ben megjelent "Jogszociológiá"-jában ezzel lépett a nemzetközi tudományos közvélemény elé. Moór úgy érezte, hogy saját sok éves szellemi munkáját orozta ezzel el a volt tanítvány, hisz hiába tudják itthon a szakmai körökben, hogy ő már korábban ebben az irányban tevékenykedett, a német és a szélesebb közvélemény előtt Horváth Barna tálatásában válik ismertté ez az elképzelés. Ez a személyes konfliktus azonban két jóval mélyebb ellentét felszínre kerülése miatt vált kibékíthetetlen ellentété közöttük. Az egyiket egy politikai értékvilágbeli szembenállás jelentette, a másik a szűkebb jogkoncepciójuk közötti ellentét egyre markánsabb kirajzolódásában rejlett. A politikai ellentét abban állt, hogy míg Moór az ország nemzeti-keresztény szerveződését emelte politikai hitvallása középpontjába, addig Horváth egyrészt a baloldali, szocialisztikus eszmékkel szimpatizált, másrészt a nemzeti közösség problémáival szemben közömbösebben, inkább a kozmopolita beállítottság felé volt nyitott. Vélhetően ez volt a mélyebb alap ahhoz, ami Moór Gyula számára megbocsáthatatlanná tette Horváth bizonyos szempontból tényleg plágiumgyanús eljárását vele szemben. E mellett azonban a szűkebb jogkoncepciójuk is mind jobban ellentétes irányokban kezdett kirajzolódni, és míg Moór egy szigorú törvényt pozitívista jogkoncepciót alapul véve járta körül a jogelmélet problémáit, addig Horváth egyre tisztábban a szabadjogi iskola bírói jogfejlesztésére és az ezzel összefüggő politikai-morális közvélemény jogmeghatározó szerepére tette a hangsúlyt. Emlékezetbe kell idézni, hogy a szellemi légkör az akkori Magyarországon

Moór Gyulának kedvezett, és a kozmopolitának bélyegzett Horváth Barna gyorsan emelkedő karrierje megtorpan a '30-as évek második felében. Az már Horváth személyiségének labilitásából adódhatott, hogy ez a külsődleges ok belső szellemi fejlődését is megroppantotta, és a kivételesen termékenynek indult fiatal jogfilozófus ezután már csak korábban elkészített munkáit publikálta, de szellemi továbblépés már nem volt látható nála. Az 1945 utáni politikai életbe történő bekapcsolódása, majd az 1949-es szovjet fordulat utáni emigrálása Nyugatra végleg megakasztotta szellemi fejlődését, és néhány német, illetve amerikai folyóiratban megjelent recenzió túl már semmilyen jogelméleti írást nem hozott létre. Az 1973-ban bekövetkezett halálakor így 77 éves jogfilozófus élete utolsó 35 éve számunkra már figyelmen kívül hagyható, és az 1926-37 között írt munkák teszik érdekessé az elemzésre.

Különösen három könyve érdemel figyelmet. Az 1926-ban megjelent "Az erkölcsi norma természete" az alig harminc éves fiatal tudós berobbanását hozta a hazai szellemi életbe. A magas szintű írástól fellelkesült Moór Gyula elintézte Horváth magántanári kinevezését a szegedi Jogi Karra, majd rögtön ezután egy bécsi ösztöndíjat szerzett neki, és beajánlotta Bécs világhírű jogfilozófusánál, Hans Kelsennél. Néhány évvel később már Kelsen támogatása is betársult mellé, és ezzel Horváth Barna 1929-ben Londonban töltött egy féléves ösztöndíjas tanulmányutat (lásd Horváth 1993:70-71; Zsidai 1996:10-19). Az ösztöndíjak segítségével a legújabb német, angol, amerikai és francia irodalmat tudta megismerni, illetve hazahozni ezeket feldolgozásra. A másik két nagy munkáját az 1934-ben Németországban publikált "Jogszociológia", illetve az ezt jogelméleti tematikával alaposan továbbfejlesztő "A jogelmélet vázlata" (1937) jelentette. Megjelent ugyan még tőle 1943-ban "Angol jogelmélet" címmel egy nagy terjedelmű könyv, de ennek tényleges kidolgozása még az 1929-es londoni tanulmányút utáni időkre nyúlik vissza, és csak publikálási nehézségek miatt húzódott el a kiadása. Másrészt ebben már nem található elméletileg izgalmas anyag tőle, sokkal inkább csak ismertető összegező tömegének tekinthető ez a könyv. Az elemzés során ezért eltekintünk az utóbbtól, és csak a korábban említett három műre koncentrálnunk Horváth jogelméletének vizsgálatánál. Még a részletes elemzés elkezdése előtt jelezni kell, hogy e három könyv bő tíz év alatt (1926-37) került kidolgozásra, és noha bizonyos gondolati fejlődés kimutatható a három kötet megállapításait ütköztetve, de ezek nem túlzottan jelentősek, és inkább egymást kiegészítő jellegűnek fogható fel a három munka. Ezért nem szükséges kronológiai sorrendben tárgyalni ezeket, hanem a tematikus összefüggésekre lehet összpontosítani a következő elemzésben.

### 3.2.2.1. A társadalmiság mibenlétéről

Horváth Barna éppúgy az újkantiánus filozófiából indult ki a társadalom és a jog mibenlétének elemzésénél, mint Moór Gyula. Moór azonban az újkantiánusok délnémet iskolájából, ezen belül is első sorban Rickert elemzéseiből meríti alapjait - majd később ezt szintetizálja az újhegeliánus iskola felől induló Nicolai Hartmann létszférákra vonatkozó elméletével -, és így a társadalmi létszférát a természeti valóság és az értékek, illetve eszmék összekapcsolódásaként tudta megfogalmazni. Ezzel szemben Horváth a másik újkanti iskolánál, a marburginál cövekel le, és a természeti valóság és az értékek szigorú elválasztása fényében indul neki a társadalom és a jog elemzésének. Látja azonban azt is, hogy a társadalmi jelenségekben az okozati valóság és az értékek, illetve eszmék egybefonódnak, így miközben kiindulópontja első lépéseként ezek külön tárgyiasságát rögzíti, második lépésként a külön tárgyiasságok "össze-nézését" "együtt-nézését" vagy más szóval "szinoptikus" gondolati megragadását hangoztatja. E nézőpontjából ered egész társadalomszemlélete is. Egész elmélete nem más, mint a két elszakított szféra

"összenézése", és e közben a különtartás szükségességének állandó hangoztatása. Azt is lehet mondani, hogy így - miközben minden erőfeszítése arra irányul, hogy meghaladja az újkantiánus Lét és Legyen elválasztását, és minden kritikai elemzése ezen elválasztás hátrányos következményeit hangsúlyozza pl. a jog vonatkozásában - maga is mindvégig foglya marad az újkantiánusok kérdésfeltevéseinek. Ebből adódik az is, hogy hiába hivatkozik sokszor Rickertre és Nicolai Hartmannra, a társadalmi lét, az "értékes valóság" önálló létként felfogásának gondolatát nem is érinti saját felfogásának kialakításánál.

Az újkantiánusok meghaladási kísérletében így közös a törekvése Moór Gyulával abban, hogy tartalmi szempontból mindketten az eszmék és értékek okozati valósággal együttműködését vallják, de míg Moór ebből következően eleve elveti a két szféra teljes elkülönítésének gondolatát, és mint eltérő komponensekből felépülő önálló, egységes realitást fogja fel a társadalmi létet, addig Horváth a különtartott ismereti tárgyakként felfogott két szférát csak *gondolati tárgyként* tartja együtt-nézettnek és felfoghatónak. Tartalmilag azonban sokszor ugyanazt mondják, Horváth "szinoptikus" kifejezési módja ellenére: "...a jog nem ismerettárgy, hanem normáknak és tényeknek, tehát egymást kizáró ismerettárgyaknak bizonyos séma szerinti folytonos kölcsönös egymásra vonatkoztatásban álló szemléletmód és ennek társadalmi objektívációja. Ez az egybevető (szinoptikus) módszer alapgondolata. Vagyis ez nem összetevő (szintetikus), hanem csupán együtt-néző vagy egybevető (szinoptikus) (Horváth 1937:VIII).

Összegezve tehát a társadalom és a jog mibenlétére vonatkozó nézeteit azt mondhatjuk, hogy noha kiinduló pontjaiban Horváth foglya marad az újkantiánus Lét és Legyen kettébontásának, végeredményben ugyanabban az irányban haladja meg ő is ezt, mint előtte Moór Gyula tette. Azt is lehet mondani, hogy ebben Moór Gyula sem jutott tovább, mert bár ő elismerte Rickert és Hartmann nyomán a társadalmi létet az értelmi és a szellemi tartalmakkal összefonódott létnek, de mivel ezek értelmi rendszerszerűségét és ennek következményeit nem ismerte fel, nem jutott messzebb, mint utána Horváth Barna. Horváthnak persze erre esélye sem volt az újkantiánus kiindulópontához kötöttsége miatt.

### 3.2.2.2. Társadalmi normavilág és erkölcsi szféra

Horváth elméletének ez a része ugyan alapvetően a jogon túli összefüggésekre vonatkozik, de a jog más társadalmi normákkal és az erkölcsi normákkal való érintkezési pontjainál fontossá válnak ezek az elemzései.

Az erkölcsi értékek és a társadalmi normavilág kapcsolatának kiindulópontja ebben az elméletben a *logikai érvényesség*, az *erkölcsi materiális értékek* és végül az *okozati valóság* szférájának elkülönítése, és az elkülönítés után ezeknek az "Ethos"-ban, az etikai szféra önálló komponenseként való felfogása. Nézzünk meg ehhez Horváth Barna ide vonatkozó passzusait:

"Amíg az Ethost a közvetlen átélésben vizsgáljuk, addig semmi szükségünk sincs a logikai szférára. A maga teljességében átélhetjük közvetlenül az erkölcsi értéket anélkül, hogy logikai funkciókhoz kellene fordulnunk. Csak éppen objektivitást, érvényességet nem állíthatunk erről a pusztán csak közvetlenül átélt Ethosról. Ha a logikai szférában már objektívnek, érvényesnek felismert Ethost gondolatban mintegy visszahelyezzük a pusztán alogikus átélés állapotába, akkor egy objektivitásától megfosztott érvényesség képzeete áll előttünk (...) Az Ethos a három szférán: az érvény-, érték-, és a normatív szférán keresztül vezetve teljeseedik be egészen, és...a három szféra jelentősége az Ethos jelentésében teljesen egyenrangú (...) Az

érvényességet, mint az Ethos 'logikai levegőjét' ismertük fel, s az erkölcsi érték speciális alapfenoménjaként a tiszta megismeréssel szembenálló nem érzéki értékmateriát jelöltük meg...Az érvényességgel egy tiszta öntudat, az értékkel egy tiszta megérzés áll szemben, a normával a húsból és vérből álló ember pszichikai valósága. (Horváth 1926:95-96).

Az etikai szférának ebben a képében tehát az okozati valóságban élő ember fölött a különálló logikai szféra és a közvetlen erkölcsi megérzésben adott erkölcsi értékszféra áll, és az utóbbi objektív érvényességét csak az hozza létre, ha "megmártjuk" a logikai szférában és az ennek révén logikai értelemmel "megnemesedik". Normává, erkölcsi normává pedig a logikailag átdolgozott értékek akkor válnak, ha a valóságos életbeli szituációkban - ellenszegülő akaratokkal rendelkező - emberek felé kötelezettségként és parancsként formálódnak meg. Így az erkölcsi norma hordozza magában az erkölcsi értéket és az logikai érvényességet is.

A joghoz közelebb lépve az erkölcsi és az empirikus társadalmi normák különbségére és összefüggéseire kell kitérni. Első megközelítésben úgy jellemezhetjük az utóbbiakat, mint a tiszta értékek felőli ösztönzés további csökkenését az erkölcsi normákhoz képest, és ezzel szemben az (okozati) valóság összefüggései és törvényei általi meghatározó erő további növekedését. E normákban már csak "gyökértékként" van jelen az értékre-vonatkozás (Horváth 1926:123). Ilyen normák a társadalmi szokások, a nyelvi szabályok, divatszabályok, a játékszabályok, és végül a jogszabályok is ide tartoznak. Ezekben az empirikus társadalmi normákban - így a jogban - már csak áttételeken keresztül vannak jelen az erkölcsi értékek, de ezek az áttételek nemcsak elkülönítik, hanem vissza is kötik a jogot és a többi normát az erkölcsi értékekhez Horváth szerint. Ennek a visszakötésnek a helye a jog esetében a *pozitív morál jogra való hatásában ragadható meg*, mely mint "szabadjog" ömlik be a jog hézagain keresztül a jogba. Nézzük meg ennek leírását Horváthnál:

"A fenomenológiai sor elején az erkölcsi norma áll, amely...az abszolút értéktől ...a valóságra vonatkoztatásában különbözik...A lelkiismeret (ez a pozitív erkölcsi norma egyik értelme) következik a fenomenológiai sorban, amely...akaratunktól független (és) legjobb meggyőződésünkkel nem ellenkezhetik, hanem azzal szükségképpen egybevág...Harmadik helyen a fenomenológiai sorban a pozitív morál következik (ez a pozitív erkölcsi felfogás másik értelme). Lelkiismeretünk és retrospektív morális felfogásunk ugyanis divergálhat. Lehet, hogy fennhangon halált követelünk a bűnöző fejére, de amikor az ítélet súlya alatt kellene kimondanunk, amikor lelkiismeretünk megszólal, akkor másképp döntünk" (Horváth 1926:141).

Az erkölcsi normától a joghoz vezető út tehát *a külső közvéleményben rögződött pozitív morálon keresztül* vezet, amit erkölcsi közvéleménynek is nevez Horváth Barna, és a jogkeletkezés folyamatának ebben látja a kezdőpontját. Csak kitekintésképpen kell jelezni, hogy ez azt is jelenti, hogy elveti a pozitív jog feletti abszolút természetjog eszméjét, és ezt csak mint a jogon túli erkölcsi értékek szféráját ismeri el: "Az erkölcs és a pozitív jog között önálló harmadik szféra, a jogeszmé szférája, nincsen: abszolút jogi érték nincsen, a jog helyességének értéke erkölcsi érték" (Horváth 1926:134).

Eljutottunk így az erkölcsi értéktől az erkölcsi normán és az ahhoz közel eső lelkiismereten át a társadalom pozitív moráljáig, vagy más szavakkal az erkölcsi közvélemény fogalmáig. Ez utóbbi szóhasználatot erre az 1937-es könyve hozza be, és e jelenségnek a jogkeletkezéssel való összefüggését két további kategória, a "természetjogi közvélemény", illetve a "szabadjog" teszi pontosabbá: "A természetjogi közvélemény az erkölcsi közvéleménynek a jog helyességére vonatkozó része....A szabadjog, a természetjogi közvéleménynek a gyakorlatba, azaz a tételes

jogba épp átmenni készülő része...A szabadjog beáramlása a joghézagokon át szakadatlanul folyik" (Horváth 1937:X).

Összegezve Horváth Barna erkölcs és jog közötti összefüggésekre és elkülönülésekre vonatkozó képét erkölcsi érték -- logikai érvényen átszűrés -- erkölcsi norma -- lelkiismeret -- erkölcsi közvélemény -- természetjogi közvélemény -- szabadjog -- tételes jog vonalon haladhatunk előre.

Itt kell még kitérni, a jog és az erkölcs kapcsolata mellett, arra, hogy a társadalomban elterjedt szokásoknak Horváth Barna nemcsak a jog keletkezési mechanizmusában juttat szerepet, hanem az írott jog szabályait is csak akkor látja "élővé válnak", ha utólag szokássá tudnak válni ezek. Teljes képe a társadalmi normavilágból (a '30-as években írt művei szóhasználatában már: a "társadalmi eljárások" rendszeréből) kiemelkedő jogról így szól: "A legősibb réteg a szokás, amelynek gyökerei biológiai mélységekben a hasznos reakciók automatikussá válásának jelenségébe nyúlnak le...De a szokás nemcsak alapja az összes fejlettebb eljárásoknak, hanem állandó kísérője is. Az írott jog annyiban ius vigens, csak annyiban élő jog, amennyiben gyakorlatban van, amennyiben jogszokás. A legfejlettebb eljárás is csak modernizált, mozgósított szokás" (Horváth 1937:30). Ez a leírás jól adja vissza a természetből kiemelkedő társadalom embereinek ösztönszerű magatartási reakciókból induló fejlődési útját a fokozatosan tapasztalatokból kialakuló reakciók szokássá és ezek rutinná válása felé, amely a kezdeti, szinte ösztönszerű rigiditás után lassanként oldódni kezd a mindenkor felülvizsgálat irányában, hogy a jog szokásjogi fejlődési szakasza után az egyre tudatosabb normaalkotás felé haladjon. Azonban a reflexív-tudatos jogi normavilág is csak jórészt szokássá válva tudja betölteni feladatát. Így kibontva Horváth Barna társadalmi normavilágra ("eljárási rendjére") vonatkozó képét válik érthetővé mélyebben az írott jog mint "mozgósított és modernizált" szokás leírása.

### 3.2.2.3. Horváth Barna jogkonceptiója

Szinoptikus vagy egybevető jogelméletnek és eljárási jogelméletnek is nevezi Horváth saját jogelméletét, és ez két eltérő gondolati irányból történő megfogalmazást is jelent. Az első esetben az újkantiánus Lét és Legyen külön tartott össze-nézését emeli ki a szóhasználat, míg a másik, az eljárási jogelmélet elnevezés ezzel szemben egyszerűen a mű megírása idején a '30-as években domináló bírói esetjogi felfogás jelzését jelenti. Az első jelentést, amely Horváth egész társadalomelméleti felfogásával összefügg, már elemeztük röviden, itt a jogkonceptiója elemzésénél a másodikat, az "eljárási jogelmélet" elnevezéssel behozott problémakört kell körbejárni.

"Az eljárási jogszemlélet lényege az a gondolat, hogy a jog nem merő tétel (norma) és nem is merő tény (faktum), hanem a kettő kapcsolata, elvont magatartásminta és ennek megfelelő tényleges magatartás. E kettőnek gondolati kapcsolata az eljárás: s a társadalmi eljárás a jog felsőfogalma. Az eljárási jogelmélet azt véli, hogy a jogot mint legfejlettebb társadalmi eljárást lehet definiálni (...)...a jog nem pusztán norma, hanem tényleg érvényesülő, tényekben pozitívalódó jogesetekről leolvasható norma - vagyis eljárás" (Horváth 1937:V-VII). Ebben a megfogalmazásban már erősebben eltűnik az újkantiánus Lét és Legyen dualizmus problémaköre, és előttünk áll a bírói esetjogi szemlélet, ahogy azt Európában a szabadjogászok és Amerikában a jogi realisták megfogalmazták: a jogot a perek szituációiban konkretizált normák és maga a konkretizálás folyamata, és nem egyszerűen a tételes jogként kihirdetett elvont jogszabályok jelentik.

Horváth jogelméletének bírói esetjogi szemlélet alá besorolását megerősítik a jogalkotás, a jogalkalmazás és a jogértelmezés közötti összefüggésekre vonatkozó elemzései is. Nézzük meg az ide vágó legfontosabb passzusokat:

"...a jogtétel még nem a teljesen kész jog, ennél fogva a jognak mindig csak töredékes, kiegészülésre váró értelme és jelentése van. A gyakorlati jogászt ugyanis a jognak sohasem valamely elvont, absztrakt, hanem egyedül csak annak konkrét, valamely jogesetre vonatkozó értelme érdekli....Az a kritérium, amely (..) a jogászi logikát vezeti, nem más, mint a természetjogi közvélemény. A joghézagon keresztül az összes társadalmi közösség alakítja a jogot, de nem közvetlenül, hanem a joggal legközvetlenebbül érintkező társadalmi eljárásokon keresztül...A jogalkotás sem merő teremtés, nem semmiből alkotás....Ezt a nagy igazságot fejezi ki a történeti iskolának, az angol common law doktrínának és a szabadjogi iskolának az a közös alaptétele, hogy a jogot önkényesen "csinálni" nem lehet...,hogy a jogot voltaképpen nem is alkotjuk, nem teremtyük, hanem csupán 'megtaláljuk' "(Horváth 1937:174-178).

Ebből a hosszú idézetből tisztán kiolvasható Horváth jogalkotásra és jogkeletkezésre vonatkozó koncepciója, különösen, ha felidézzük a néhány oldallal korábban az erkölcsi normák és a jogi normák közötti viszony kapcsán mondottakat. Ez a jogkoncepció implicite két irányban lezárást és elutasítást is jelent, miközben két másik irányban explicit módon kinyitja a jog feletti rendelkezés szabadságát. Nyitott a jog meghatározása feletti rendelkezés a társadalom egész közösségének erkölcsi közvéleménye felé, ami szabadjogként jelenik meg, másrészt nyitott a jog feletti rendelkezés a bírói jogalkotás előtt, akik illetékesek arra, hogy a közvélemény által "kitermelt" szabadjogot bevigyék a tételes jogba. Zárt és elutasító ezzel szemben Horváth Barna jogkoncepciója az állami jogalkotó irányában, és tagadva a tudatos ("csinált") jogalkotás lehetőségét csak a "jogtalálást" engedi meg számára. Nem explicit, de implicit módon azonban már utal a fenti idézet a jogászság jogdogmatikai tevékenységén keresztül folyó jogmeghatározás elutasítására is. "Az a kritérium, mely a jogászi logikát vezeti, nem más mint a természetjogi közvélemény" - mondja Horváth - "és nem a jogszabály mögötti összezsírozott fogalmi dogmatika" - egészíthetjük ki itt a mondat ki nem mondott másik felét. Ezt az elutasítást meg is találhatjuk az 1934-es munkájában. Nézzük meg részletesebben az ide vonatkozó passzusokat:

"A joglogizmus...azon logikai baklövés, mely szerint azt feltételezik, hogy a tapasztalatból elvonatkoztatott fogalmak révén elébe vághatnak a későbbi tapasztalatoknak...A logizmus logikai dogmatizmus, logikai természetjog...A jogdogmatika a jogelméleti dogmatizmus, a joglogizmus specifikus válfaja, amely a pozitív történeti jogot időtlen-általános, előfeltevések és bizonyítás nélkül állított érvényességként tárgyalja. A jogdogmatika elhanyagolja a történeti-tér-időbeli-változtatható jog történetiségét, tér-időbeliségét és változtathatóságát, s az általános jogtétel időtlen érvényességéhez képest különösképpen figyelmen kívül hagyja a jogeset megismételhetetlen egyszerűségét" (Horváth 1996:84). A jogdogmatikának a jogelméletben csak mint "dogmakritika" van szerepe, és a jog egyedi esetekben élő egyszerűsége feletti "absztrakt értelemdogmatikát" elutasítja Horváth Barna. A XIX. század második felében domináns jogdogmatika által uralt jogi élet jelenségével szembeni szellemi visszacsapásként Horváth még a Moór Gyula által alárendelt szerepben, a jogtételek utólagos rendszerező szerepében megtartott jogdogmatikával is ellenséges, és csak a jogesetekre figyelő szemszög mellett engedi meg ennek korlátozott működését: "...a jurisprudentia dogmatikai érdekeinek elismerése csak akkor veszélytelen, ha korlátozás nélkül megengedik a jogesetre visszakerdezést, ha a dogmatikai következtetést csak a jogesetnek megfelelő verifikálásában tekintik teljes értékűnek..."(Horváth 1996:130).

Érdeemesnek tűnik kiemelni, hogy Horváth Barna jogkoncepciójának elemei - az esetjogi koncepció, a jogdogmatika minimális szerepre visszaszorítása, az állami politikai testületek tudatos jogalkotásának elutasítása és az átfogó társadalmi közvélemény általi jogfejlesztés - bizonyos fókig megfelelnek az angolszász jogélet jellemzőinek. De már ez sem illik teljesen rá, hisz a precedensjog mellett a statute law, az írott jog egyre növekvő szerepe itt is megfigyelhető, illetve az elmúlt évszázadban különösen az amerikai jogéletben felerősödött jogdogmatikai-rendszerező tevékenységet már nem fedi Horváth jogkoncepciója. A kontinentális Európa jogrendszereiben azonban teljesen félrefut a jog megragadásában ez a jogelmélet.

Nem sokat tudunk kezdeni Horváth Barna jogpolitikára vonatkozó elképzeléseivel sem. Míg Moór Gyulánál a jogpolitika az eszményi értékek és célok fényében történő jogkritikát - így a helyes jog alkalmazott területét - jelentette, és ez ezzel vétette el az érdektagolt politikai küzdelmekben (is) formálódó jogpolitika intézményeinek feltárását, addig Horváth Barna *a tudomány felé tolja el a jogpolitikát*." A tudománypolitikaként depolitizálódó jogpolitika tárgya csak az lehet, ami a tévedés és az igazság közé esik, vagyis az előrehaladó tudás" (Horváth 1996:322). A jogpolitikára vonatkozó néhány soros fejtegetés persze helyi érték nélküli ebben a jogelméletben, és ez megfelel annak, hogy a jog itt amúgy is zárt a tudatos politikai jogalkotás előtt.

Lezárásként még azt kell jelezni, hogy a magyar jogfilozófia két nagy alakja feletti kritikához már az elmúlt ötven évben külföldön létrejött nagy jogelméleteket lehetett alapul venni (lásd ezek feldolgozásához Pokol 1991; 1994). Ám ki kell emelni, hogy Moór és Horváth eltűnése után hosszú évtizedekre megszűnt az elemzésre érdemes jogelméleti munkák létrehozása nálunk, és csak a '80-as évektől lehet ismét ilyen jellegű írásokra bukkanni. A kritika mellett így a legnagyobb tisztelettel kell emlékezni rájuk.

### 3.3 A magyar jogelmélet fejlődése az állampárti évtizedekben

Az 1989-es rendszerváltással egy korszak lezárult. Visinszkij és a szovjet jogelmélet "magyarításának" lassanként csak az emléke marad, valamikori képviselői már nem játszanak szerepet a magyar elméleti jogi gondolkodásban. A "kádárizmus" liberalizációja folytán azonban Magyarország bizonyos fókig ebben a tekintetben is kivételes helyzetben volt a többi kelet-európai sorstársa között, mivel itt a '70-es évek közepétől kezdve a szovjet jogelméleti pozíciók kötelező idézése mellett - majd azt minimálisra csökkentve - néhány elméleti jogtudós a modern polgári jogelmélet irányzatait is felhasználva, önálló jogelméleti koncepció körvonalait igyekezett kiépíteni. Így a mai kiindulópontjainknál - amellet, hogy alapvetően a nyugati jogirodalomban felgyülemlett jogelméleti belátások megismerésére koncentrálnunk - felhasználhatjuk a hazai "poszt-sztálini" jogelméleti kezdeményezéseket is.

Hogy ezeket össze lehessen hasonlítani az '50-es, '60-as évek hivatalos jogelméletével, Szabó Imre jogelméleti pozícióit kell először röviden felvázolni, majd a "hivatalos" jogelmélettől elszakadást Peschka Vilmos és Kulcsár Kálmán munkásságának vizsgálatával kezdjük, és végül a '80-as évekre beérő Sajó András és Varga Csaba jogelméleti pozícióinak bemutatásával fejezzük be elemzésünket. Jeleznünk kell még, hogy a jogelméleti irodalmunkból csak a *jogkoncepció szempontjából* releváns

összefüggésekre koncentrálunk a következőkben, és a mind a vizsgált szerzőknek, mind az itt nem említett további elméleti jogászoknak azokat a jogelméleti munkáit, amelyek nem közvetlenül erre a kérdésre irányulnak, figyelmen kívül hagyjuk e rövid vázlatban.

### 3.3.1. Szabó Imre és a "hivatalos" jogelmélet

A magyar elméleti jogi gondolkodás bizonyos fokú szerencsésének tekinthető - az '50-es évektől induló totális állami és ideológiai kontroll szerencsétlenségének körülményei között -, hogy még a korábbi rendszerben iskolázott és így a képzett, nyelveket beszélő Szabó Imre lett - és aztán majd negyven évig maradt - ezen a területen a legfontosabb tudománypolitikai- és hatalmi pozíció birtokosa. Ennek révén, amikor a kádári liberalizáció a '60-as évek végétől csökkentett a hatalmi kontroll feszességén a társadalomtudományok felett, ez a korlátozott liberalizáció legalább ebben a terjedelemben átgyűrűzhetett az elméleti jogi gondolkodásba, és ha ez nem is volt ahhoz elég, hogy markáns "máskéntgondolkodók" termelődjenek itt ki - mint pl. a filozófiában és a szociológiában történt ez a '70-es évek fordulójára - de bizonyos kezdeményezésekre azért mód nyílt. Másrészt persze negatívumként úgy is megfogalmazható ez a "vezetői jogtudósi" folyamatosság a '80-as évek közepéig, hogy épp ezért azonban a nagyobb szakítás a hivatalos marxizmus-leninizmussal elmaradt ezen a területen. Míg a filozófiában, de a közgazdaságtanban és a történelemtudományokban is, a hivatalos ideológia tételeinek pusztá ismétléseit tudományként eladni abszurd lett volna a '70-es évek elejétől, addig az elméleti jogtudományban és államtudományokban a domináns hangvétel jobban megtartotta a hivatalos ideológia lenyomatát. A "vezetői jogtudósok" folyamatosságának erről az oldaláról sem szabad megfeledkezni.

Szabó Imre jogelméleti pozícióinak talán legtisztább kifejtését az 1960-ban megjelent "A jogszabályok értelmezése" c. monográfiája tartalmazza. Szintézis jelleggel irt későbbi munkája ugyan 1971-ben ("A jogelmélet alapvonalai") jelent meg, de - legalábbis megítélésünk szerint - ez oly mértékben összefonódik a hivatalos marxizmus akkori társadalomelméleti téziseinek kifejtésével, hogy a jogelméleti koncepció tisztaságát az 1960-as munka jobban visszaadja. Ez a jogelméleti koncepció pedig mint *"decizionista"* vagy más szóval *"szövegpozitivist"* jogkonceptió határozható meg.

Szabó Imre gondolkodói kvalitásának kiemelkedő szintjét mutatja, hogy e koncepció alátámasztására az azóta is mérvadó alapkérdést tudta feltenni, és válaszolta meg egy sajátos irányban. A "mi a jog"-kérdés megválaszolását ugyanis egy mögöttes kérdésre vezeti vissza, és itt *a nyelv és a gondolkodás megfelelését teszi válaszának alapjává*. Aki azt mondja - rögzíti kiindulópontként -, hogy a nyelv alapvetően képes kifejezni a gondolkodást az a jogszabály szövegében a jogot magát pillantja meg, ám aki ezt tagadja, és a gondolkodás mindenkor nyelvi kifejezését csak mint ennek megközelítő jelzését fogja fel, az a jogot a törvény szövegén kívül fogja keresni. Szabó Imrének ez a distinkciója mély belátást mutat fel. Az elmúlt 30 év a hermeneutika diadalmenete a társadalomtudományokban, és ezt sokoldalúan megalapozva épp e kérdésre válaszolva mutatja ki a gondolkodás, a véleményformálás töredékes kifejezhetőségét a nyelvi eszközökkel. Ebből a hermeneutika alapkövetkeztetése: a gondolkodás utáni "rögzített értelmet" az írott szövegből mindig csak hosszas rekonstrukcióval, és mindig csak töredékesen lehet utólag - újra meg újra - rekonstruálni (l. Gadamer 1984; Habermas 1973).



Szabó Imre azonban 1960-ban épp ellenkező előjellel válaszolja meg ezt az alapkérdést, és Sztálin nyelvelméleti nézeteire alapozva optimistán úgy látja, hogy a gondolkodás eredményei nyelvileg probléma nélkül kifejezhetőek és rögzíthetőek - következésképpen a *jog szövegei a jog autentikus orákulumai*. Ehhez a meggyőződéséhez - az említett nyelvelméleti alapozáson túl - Montesquieu törvénykoncepciója is alátámasztást jelent: "A nemzet bírái....nem egyebek, mint azon száj, mely a törvény igéit kimondja, azaz olyan lélektelen valók, melyek sem keménységet, sem lágytságot nem mérsékelhetik" - idézi egyetértően Montesquieu "a bíró a törvény pusztja szája"-jogkoncepcióját (Szabó 1960: 16).

A demokrácia viszonylag magas fokát mutató polgári jogfejlődés kezdetén még ez a megfelelő jogkoncepció dominált - nyugtázza a szerző -, de az imperializmusba átfejlődéssel egyre inkább háttérbe szorul a törvénytisztelet, és Montesquieu "szép eszméje" helyett a bírói jog és a természetjogi irányzatok jogkoncepciói jelentek meg. Erre a változásra Szabó Imrének egy Engels-idézet adja meg a magyarázatot: ti. a burzsoá jog betűje elfedi ennek osztálylényegét, és így *ott* szükségképpen nem érvényesülhet a Montesquieu által kiemelt törvénytisztelet. A burzsoá jog bírāja ezt a "lényegét elfedő törvénytisztelet" csak átértelmezésekkel, a szöveg látszata mögött az "osztálylényegét" a felszínre hozva alkalmazhatja. *A jogot a törvénytiszteleten túl - pl. a bírói gyakorlatban - kereső jogkoncepcióknak ez a burzsoá sajátosság adja a talaját.* A törvénytisztelet csökkenése és a bírói jog elismerése azonban a szabadjogi iskola fejlődésében szükségképpen a fasiszta jog önkényéhez vezetett- mondja Szabó (18p.).

Az előbbiekből már következik a szocialista jog felfogása is. Itt ugyanis nincs elrejtve az osztálylényeg a jogszabály betűje mögé, a proletárjog tisztán mutatja osztálylényegét. Montesquieu szép álma tehát itt végre megvalósulhat: a törvénytisztelet maximális tisztelete és a bírák szolgai alávetése e szövegeknek. (i. m. 26p.). Ennek révén a jogszabályok értelmezésének fontossága is csökken a szocialista jogban, és ezt a csökkenést az is fokozza, hogy a szocialista parlamentek levetkőzték a burzsoá parlamentek nehézségét a törvényhozás terén. A forradalmi törvényalkotás vonakodás nélkül veti el az elavult törvényeket, és bármikor új törvényt alkot, ha ez szükségesnek látszik.

Szabó Imre jogkoncepcióját jól mutatja az "objektív" és a "szubjektív" értelmezésmélet vitájában való állásfoglalása is. A törvényhozó "empirikus, történetileg kimutatható akaratát" középpontba emelő "szubjektív" értelmezésmélettel szemben a német Joseph Kohler, Karl Binding és Adolf Wach a múlt század végén a jogrendszer egészét kifejező jogelvek, jogfogalmak fényében történő "objektív" értelmezésméletet állították a középpontba, és ez logikus folyamánya volt a múlt század második felében végig domináló pandektista jogfelfogás jogfogalom-központúságának. Szabó Imre az objektív értelmezést ismét a "rejtett osztálylényegű" burzsoá jog sajátosságaiból eredezteti, mivel szerinte az általános jogelvek fejezik ki igazán a burzsoá jog igazi lényegét - és ezek szerepe az imperializmus előrehaladásával egyre inkább növekszik. Az objektív értelmezésmélet a jogszabály szövegén túlnyúlva a "meztelen osztályérdeket" tudja velük megragadni, és ezt rendeli alkalmazni a bíró számára az egyes esetekben (Szabó 1960: 67). Elveti tehát a jogszabályszovegeknek a jog egészének fényében történő értelmezését, és a szubjektív értelmezésmélet felé hajlik Szabó Imre, de - és ez is egy erős szövegpozitívizmust jelez - a túlzott elrugaszkodást a szövegtől a jogalkotó "történeti akaratát kutatva", mint egy másik irányú visszaélést utasítja vissza: a törvényalkotó akaratát - a nyelv gondolkodást autentikusan kifejező képessége révén - a törvénytiszteletben magában keresendő. Így a törvényelőkészítési anyagok fényében átértelmezni a törvénytiszteletet szintén visszaélésnek minősítendő.

Fő kritikája persze az objektív értelmezésmélet ellen irányul, és ennél érdekes vitába keveredik a kor egyik vezető magyar polgári jogászával, Világhy Miklóssal. Világhy ugyanis egy 1959-es egyetemi jegyzetében az objektív értelmezésméletet továbbvívó német "értékelő jogtudomány" egyes pozícióit átvéve, a jogelvek fényében való jogszövegértelmezést is beemeli kiindulópontjai közé. Szabó Imre ezt kritizálva jelzi, hogy ez csak abban az esetben fogadható el, ha a jogszabály szövegében magában is kifejezésre jutó jogelveket jelenti (Szabó 1960: 108).

A jog tehát egyenlő a jogszabályok szövegeivel, amelyek értelmezése - az elementáris nyelvtani és logikai értelmezési fázison túl - csak a jogalkotó történeti akarata felé mutathat. A túlzott "szabadosság" azonban ebben az irányban is kritizálandó. Eltér még a szubjektív értelmezésmélettől Szabó Imre abban is, hogy nem a "keletkezési" (törvényelőkészítési) anyagok fontosságát hangsúlyozza a jogalkotó történeti akaratanak kutatása közben, hanem a szocialista jog "nem kendőzött osztálylényegének megfelelően" a munkásosztály pártja mindenkorai akaratanak fényében való értelmezést látja a helyes jogalkotási akarat-kutatási iránynak (Szabó 1960: 220-221).

Az 1971-es "A jogelmélet alapvonalai" c. munkában bizonyos eltolódásokat láthatunk Szabó Imre jogkonceptiójában. Röviden úgy foglalhatjuk össze az eltolódás lényegét, ha a korábbi kemény szövegpozitivizmus bizonyos fokú oldódását emeljük ki. Másrészt társadalomelméleti alapjaiban is változás látható, mivel a korábbi sztálini-lenini tételek helyett döntő szerepet kapnak a marxi-hegeli társadalomfilozófiai tételek. Sőt, a jog belső elemzése helyére is sokszor az átfogó marxi társadalomelméleti tételek elemzése lépnek, míg a korábbi 1960-as munkában, ha elutasító stílusban is, de a modern jogtudósok elemzése nagyobb szerepet kapott.

A korábbiaktól eltérően a kemény szövegpozitivizmus itt már - a kritizált Visinszkij "normativista" felfogásaként jelezve - elutasítandó álláspontként jelenik meg, de e deklaratív elutasítás mellett tartalmilag is eltérő álláspontok jelennek meg a jog egyes részleteinek elemzésénél. Itt a jogalkalmazás leírásánál a korábban pozitívan idézett, naív montesquieu-i "törvény szája-bíró"-konceptiót már mint a mechanikus jogalkalmazás képét ítéli el. Szabó Imre ekkor felfedezi a német Karl Engisch majd két évtizeddel korábban leírt központi tételét a bíró "ide-oda pillantásairól" ("Hin- und Herwandeln der Blick"), és a jogeset, ill. a jogszabály kölcsönös közelítésének folyamatát: "az un. egyedi eset sem a maga nyersségében, hanem már jogilag átszűr, "értékelt" és ennél fogva bizonyos mértékig általánosított eset" (Szabó 1971: 124.).

Oldódott tehát Szabó Imre kemény szövegpozitivizmusa 1971-re. De milyen irányba tolodott el jogkonceptiója? A múlt század második felétől a francia jogelmélet elszakadása az "ecole de l' exégese" hasonlóan kemény szövegpozitivizmusától Léon Duguit-nél a mindennapok szabályszerűségei felé vitte el a jogkonceptiót, - ahogy a német Eugen Ehrlich-nél is az "élő jog" felé ment el a jog súlypontja ugyanebben az időszakban. Francois Géný-nél a jog sajátos logikáját kifejező "jogi technikák", jogelvek, jogi fogalmak felé csúszott el a jog súlypontjának keresése. A németeknél ez az eltolódás egyrészt szintén "jogszociológiusan" a bírói jog és a mindennapi gyakorlat felé, másrészt az "értékelő jogtudomány" kialakulásával a jog belső elveinek, jogfogalmainak irányában ment végbe. (Részletesen ehhez lásd: Fikentscher 1975: 443-456; Larenz 1979). Szabó Imre elutasítja mindkét irányt, és sem a mindennapok "jogszociológiai iránya", sem a jog belső fogalmi és jogelvi világa nem fogadható el számára. Ehrlich "élő jogát" kritizálva írja, hogy a jogszabály nem követése nem jelenti az adott szabály megszűnését. " Ez lehet a jogélet ténye, de nem lehet a jogelmélet elve" (Szabó 1971: 152). Hasonlóképpen zárt jogkonceptiója az átfogó jogi fogalmak és jogelvek felé is. Kiutat a marxi társadalomelméletben talál, és a jog

lényegét keresve "hátráló lépésekkel" a termelési viszonyokig jut vissza: "...az állam létre is hozza a jogot, de nem is hozza létre, hiszen tartalmában, társadalmi viszonyként, "tulajdoni", sőt, politikai-hatalmi viszonyként a maga megformáltságában, történetileg már előtte létrejött, már "megvan" (Szabó 1971: 182). *A jog belső sajátosságai helyett tehát átfogó társadalmiságában igyekszik oldani Szabó Imre a szövegpozitívista jogkoncepciót.*

Ugyanez látható egy másik irányú kitörési kísérleténél, ahol *a jogtudat irányában igyekszik elvinni a jog működésének súlypontjait.* Itt sem a jog belső fogalmi, jogelvi rendje - és a jog professzionális hordozóinak (jogászi, jogtudósi) tevékenysége - irányában keresi a jogtudat szerepét, hanem az osztálytudatok és a mindennapi tudat kontextusában. (Szabó Imre 1971: 200). Azt is lehetne mondani, hogy *egyfajta marxizáló szóhasználatban Savigny valamikori "népszellemét" és ennek jogtudományi "utóformálását" reprodukálta ismét Szabó Imre a jogtudat elemzéseivel.* Nézzünk erre egy plasztikus idézetet: "A jogtudomány a maga általánosságában ebből a szempontból nézve elvi kifejezője, megfogalmazója és egyben társadalomba való "visszatáplálója", formálója és jogi ideológiaként terjesztője annak a jogfelfogásnak, amelyet a társadalom a pozitív joggal párhuzamosan magában hordoz. A jogtudomány számára a jogtudat egyfajta vonatkozásban nyers előzményt jelent, megformálásra váró tudattartalmat; egyben azonban maga is az általános jogtudat aktív, befolyásoló alakítója" (Szabó 1971: 261). Mint közismert, a Savigny féle "népszellem" eredetű jogkoncepció egyre inkább átfejlődött Puchtán és a Begriffsjurisprudenzen keresztül a jog sajátosságait a jogdogmatikai rendben megtaláló jogkoncepcióig, majd innen indulva - és ezt kritizálva - az értékelő jogtudomány egy komplex, többretegű jog koncepcióját dolgozta ki a németeknél az 1950-es évek végére, a franciáknál pedig a Francois Géný nyomdokain haladó iskola tette meg ugyanezt. Szabó Imre elől azonban - a kritikán túl - eltorlaszolta maradt a modern "burzsoá" jogelméletnek ez a fejlődési vonala.

### 3.3.2. A "hivatalos" jogelmélet meghaladási kísérletei

A "hivatalos" jogelmélet pozíciójától való elszakadás egyik első kezdeményezőjének a magyar jogelméletben *Peschka Vilmos* tekinthető. Peschka ez irányú törekvéseihez Lukács György általános társadalomelméleti nézeteit vette alapul, ill. ezentúl Lukácsnak az esztétika sajátosságaira vonatkozó elemzéseit igyekezett analóg módon átvinni a jog területének elemzésére, hogy ott a jog sajátosságait meg tudja fogalmazni. (Lásd különösen: Peschka 1965, 1972, 1979, 1980; 1988). Ebben a megközelítésben a jog nem egyszerűen az állam (szövegszerűen rögzített) döntéseiként jelenik meg, hanem mint sajátos tevékenységforma, mint az esztétikai egyneműsítéstől eltérő "jogi egyneműsítés" mindenkori eredménye. Peschkának ezek a korai törekvései a 80-as évek közepére a jogi hermeneutikával való foglalkozásig jutottak el (Peschka 1986), és ez a hivatalos jogelmélet valamikori tiszta "szövegpozitívizmusa" a legmarkánsabban kérdőjelezi meg. Megítélésünk szerint azonban a jog sajátosságainak feltárásánál Peschka Vilmos elemzéseiben néhány olyan problémás kiindulópont található, amelyek bizonyos szempontból félrefuttatták elemzéseit.

Az egyik ilyen problémás kiindulópontot Peschkánál *jogtudomány-felfogása* jelenti - egyrészt e tevékenység "tudomány" jellegének problémátlan feltevése, másrészt ennek a gyakorlati jogi tevékenységhez való viszonyát illetően. Az elmúlt másfél évszázad folyamán többször felmerült a jogtudomány tudományjellegének vagy inkább doktrinális-jogdogmatikai tevékenység jellegének a kérdése. (Lásd e viták

összefoglalásához Jerusalem 1948; magyar nyelven Sajó 1983). E kérdéskörtől is eltekintve ténylegesen az európai egyetemi jogászság döntő része doktrinális-jogdogmatikai tevékenységet folytat, és ez ill. ennek mindenkori eredményei egy redukált átvétellel-transzformációval folyamatosan együtt élnek az eseti jogalkalmazással, ill. különösen a felsőbbírási ítélezés fonódik össze ezzel a tevékenységgel. *Peschka Vilmos ezzel szemben az általában vett tudomány jellemzőit - ill. Lukács György tudományra vonatkozó elemzéseit - veszi alapul, amikor a jogtudományról ír, és a doktrinális-jogdogmatikai oldal kiemelése gyakorlatilag teljesen eltűnik elemzéseiből.* (l. pl.: Peschka 1980: 215-334).

Megítélésünk szerint ez a kiindulópont végzetesnek bizonyult *Peschkának a jog sajátosságaira vonatkozó elemzéseinél, mert ennek révén a "jogi egyenmősítést" - amit pedig Lukács esztétikum sajátosságait taglaló írásaiból központi szereppel vett át - igazán nem tudta megragadni, és a jog sajátosságai helyére az általános tudományelméletek, ill. a joggyakorlat belső szerkezete helyére az általános társadalmi gyakorlat dedukciói léptek.*

A "hivatalos" jogelmélet egy másik irányú meghaladását *Kulcsár Kálmán* a jogszociológia felé kísérelte meg. Kulcsár már a 60-as évektől kezdve a századforduló utáni jogszociológiák elemzésén keresztül igyekezett a jog működésébe mélyebb belátást nyerni, és központi élményét a pusztán állami döntéssel létrejövő "papírr jog" és a mindennapi életben lévő szabályszerűségek közötti összefüggések elemzése jelentette (Kulcsár 1976). Szabó Imre és a hivatalos jogelmélet "decizionizmusa", az akadálytalan és gyors "lenini jogalkotás" Kulcsárnál óvatos opponálást kap, noha - mint az az állampárti évtizedekben általában is jellemző volt a magyar társadalomtudományokra - explicit vitát a hivatalos jogelmélet pozícióival Kulcsárnál sem találhatunk. Ehrlich "élő jogát" az állam által alkotott "papírr joggal" szemben, vagy Roscoe Pound "law in book and law in action" megkülönböztetését Kulcsár Kálmán jogszociológiájában központi szerep illeti meg. Mint ahogy kiemelésre kerül itt Pound nyomán a "változtatási rés" kérdése is a jog e két rétege között - vagyis az állami döntéstől függő jog elszakadási lehetősége a mindennapi gyakorlatban követett szabályszerűségektől (Kulcsár 1976: 139). A tömegesen követett mindennapi normákhoz képest az ettől eltérő állami célkitűzések csak óvatosan ültethetők át a megkövetelt magatartási szabályokká, mert ellenkező esetben inflálódik a jog és papírr joggá válik. Az állam jog fölötti rendelkezése ezért csak szűk korlátok között fogadható el.

Kulcsárnak ezek az elemzésesei *a jognak a mindennapi élet normáihoz való kötöttségét tematizálták*, és ez hatással volt az elmúlt évek magyar jogelméleti gondolkodására. Kritikával talán csak annyiban lehet élni Kulcsár jogszociológiai írásaival szemben, hogy *így pedig a jog belső rétegei, a professzionális jogi tevékenységek egymás közötti viszonyai kerülnek ki az elemzésből, és a jog csak mint a mindennapi gyakorlattal szemben álló "állami jog" kerül tematizálásra.* Az általa kiemelt aspektus azonban problémátlanul beilleszthető egy komplex jogelméletbe, amely a jog professzionális rétegeit és a mindennapi gyakorlat összefüggéseit együtt tudja megragadni.

*Sajó András* munkái - Kulcsár és Peschka kezdeményezései után - szintén elmozdulást jelentettek a '70-es évek második felétől a hivatalos jogelmélet pozíciójától. Különösen az 1983-as "Kritikai értekezés a jogtudományról" c. kismonográfiájában találhatóak nála sajátos akcentusok a jog belső szerkezetét illetően. A "hivatalos" jogelmélethez képest alapvető elmozdulást jelent nála a jog eszköz szerepével kapcsolatos szkeptikus álláspontja. "A jog mint a politikai célkitűzések eszköze"-tételt a jog sajátos racionalitása oldaláról opponálja (Sajó 1983: 164; 1980: 15), és egy sor elemzésében igyekszik a jog formális racionalitásának

összetevőit felmutatni. A "hivatalos" jogelmélet szövegpozitivizmusától való másik eltávolodás a Kulcsár által kezdeményezett jogszociológiai irányban figyelhető meg nála: a jogalkotás folyamatában létrehozott normák az átfogó társadalmi normavilág összefüggésein keresztül realizálódnak csak, és ez hamar kimutatja a korlátokat az állam tetszőleges normaalkotása előtt (Sajó 1980: 74-91).

Sajó igazán eredeti gondolatfelvetése a magyar jogelméleti irodalomban megítélésünk szerint azonban a *jogtudomány belső szerkezetére és ennek a jog működésével való összefüggésére vonatkozik*. Jó irányokban haladja meg Peschka Vilmos jogtudományt az össz-tudományba integráló elemzéseit, és tagadva a mai jogtudomány tudományjellegét a jogi gyakorlattal szorosabb összefüggésbe hozza az egyetemi jogász tevékenységet (Sajó 1983: 105-126). *Sajó megközelítésében a doktrinális-jogdogmatikai tevékenység válik a mai jogtudomány középpontjává*, és nagy súly helyeződik itt a jogrendszerek bonyolulttá válásával nélkülözhetetlen jogdogmatikai tevékenység fontosságára (Sajó 1983: 118). Csak sajnálni lehet, hogy végül is folytatás nélkül maradt Sajónak ez a belátása jó ideig mind saját további, mind a magyar jogelmélet más művelőinek munkájában. Pedig Sajó még összefüggésbe is hozta - igaz egy némileg pikírt lábjegyzetben - a Peschka által kiemelt "jogi egyneműsítés" és a Niklas Luhmann által hangsúlyozott jogdogmatikai egyneműsítés problémaköreit (i. m. 171.).

A "hivatalos" jogelmélettől elszakadás sajátos útját Varga Csaba hajtotta végre a magyar jogirodalomban. A '70-es években egy "túlhajtaszt" láthatunk írásaiban az instrumentális jogelmélet irányában - a hivatalos jogelmélet instrumentalizmusát tudatosan vállaló stílusban. A jog a politika eszköze - vallotta ekkor Varga Csaba - és a törvények preambulumának ill. a miniszteri indoklásnak a funkcióját mint a politikai célkitűzés manifesztációját helyezte a középpontba. Ugyanígy a kodifikáció történeti fejlődésében a csúcstól számára a tudatos állami jogalkotás jelenti még ekkor (Varga 1979), és vaskos tanulmányban üdvözli 1980-ban Philip Selznick és Philippe Nonet nagy vitát felkavart könyvét, amelyben a jog politikai instrumentalizációjáért lelkesedve a jog struktúráinak mély átszabását ajánlja megfontolásra (Varga 1980).

A "hivatalos" jogelmélet enyhébb instrumentalizmusához képest ez a "hagyományt nem tisztelő túlfutás" a 80-as évek fordulójától egyre inkább eltűnt Varga munkáiból. Mint ahogy talán valamikor Jheringet is a fogalomjogászatot illető radikalizálása - Puchta fogalmi jogtudományát konzekvenssé teendő - egy hirtelen váltás az Interessenjurisprudenz kiindulópontjaihoz vitte el, fedezhető fel Varga Csabánál is egy éles fordulat a 80-as évek elejétől. A fordulat kezdetei - úgy tűnik - egy 1978-as tanulmányában találhatók, ahol a jogalkalmazás természetét kutatva a mechanikus jogalkalmazó képével szemben a bonyolult kölcsönhatásokat, a jogszabályt és az egyedi esetet egymásra tekintettel közelítő kiemeléseket találhatunk (Varga 1979: 345). Ugyanez a gondolatmenet néhány évvel később már a tételes joggal szemben a jog egész szerkezete szélesebb jellegének kiemelését hozza magával: "Bármennyire provokatívnak vagy éppen megbotránkoztatóbbnak tetszik is....a jog nem egyszerűen szinonimája vagy éppen logikai vetülete a tételezett jognak. A jog olyasvalami, amit a tételes jogból mindig létrehozunk, ami a tételes jog közegén keresztül állandó formálódásban van (Varga 1982: 479). A jog komplex jellege, szövegrétegen túlnyúló "többrétegűsége" 1986-ban mint a pusztán "formális érvényesség" és a "további jogi szférákban érvényesség" összefüggéseként jelenik meg egy írásában (Varga 1986: 1-6). Végül legtisztábban egy 1988-as cikkben bukkan elő egy többrétegű jogkonceptióra törekvés nála: "...a jog élő gyakorlata...kiesett az érdeklődés homlokteréből, s helyébe a demiurgosszá előlépett szöveg került. Márpedig az nyilvánvalóan nem lehet következmények nélküli, ha szöveg szövegszerű feldolgozásából - jogdogmatika - lesz a jogtudomány vezető ága. Jelesül: a jog egész életét egyre inkább egy kellő formaisággal kibocsátott szöveg függvényének csaknem

mechanikus következményének kezdték tekinteni, miközben a jog intézményrendszerének voltaképpen társadalmi jelenléte, hatásgyakorlása elméletileg érdektelenné vált." (Varga 1988: 54). A jogdogmatika persze itt túlzottan összefogásra került a jog szövegrétegével - és ebben a tekintetben Sajó András említett 1983-as elemzése messze találóbbak -, de Varga Csaba itt kivételes tudatossággal emelte a középpontba a jog szövegrétege és a jog további rétegei utáni kutatás igényét.

### 3.3.3. Egy komplex jogelmélet felé

A "hivatalos" szocialista jogelmélet meghaladása a 80-as évek második felére a jog szövegrétegről a jogi hermeneutika felé ment el Peschka Vilmosnál; Kulcsár Kálmán az "állami jog" mindennapi gyakorlattal való összefüggéseit emelte ki; Sajó András a szövegréteg és a doktrinális-jogdogmatikai tevékenység összefüggését hozta napvilágra; és végül Varga Csaba egy többretegű jog koncepciójának hangoztatásáig jutott el. Ezek a megoldások azonban egyrészt egymás mellett futnak el, másrészt bizonyos fókig egymást kioltó irányokban. Sajó és Peschka egymással szembenálló jogtudomány-felfogása említhető ennek példájaként, vagy az is, hogy Sajótól eltérően Varga Csaba a jog szövegrétegébe fogja bele túlzottan a jogdogmatikát.

Egy komplex jogelméletbe lehet integrálni - megítélésünk szerint - az említett jogelméleti kiindulópontokat, ha tudatosan különválasztjuk 1. a *jog szövegrétegét*, amely fölött a parlamenti politikusok rendelkeznek; 2. a *doktrinális-jogdogmatikai réteget*, amit az egyetemi jogászok és a felsőbbbíróságok tagjai kezelnek; 3. és a *bírói kazuisztikát*, ami a bírói eseti döntésekben kifejeződött döntési maximák, esethez közeli normatív döntési támpontok tárháza. E három jogréteg az európai kontinensen - és bizonyos fókig a modern amerikai jogrendszerben is - egy egymást feltételező, kiegészítő és korrigáló viszonyban együtt alkotja egy ország jogrendszerét. A pusztán doktrinális-jogdogmatikai jogfejlesztés, amennyiben a bírói kazuisztika jogi maximáit, parómiáit (jogi közmondásait) félresöpörve tudja uralni a jogot, "jogtudósi szörnyiszüleményeket" tud csak létrehozni - mint azt a múlt század második felében domináló német Begriffsjurisprudenz példázta -, amit nem lehet eseti jogi döntéseknél alkalmazni (l. Coing 1960: 7). De torzulást jelent az is, ha a bírói kazuisztika uralja el egyedül a jogéletet, és "hüvelykujjszabályok", "tárgyalóteremre szabott maximák" sokaságában esik szét rendszertelenül a jog- mint ahogy a múlt század végi francia jogélet példázta (Dawson 1968: 398). Az ad hoc bírói maximákat, amelyek mint jó megoldások jegecesedtek ki a visszatérő esetek csoportjainak eldöntésére, még jogdogmatikailag rendszerezni, absztrahálni és a dogmatikailag a jogterület egészének ellentmondókat kiostálni kell ahhoz, hogy esetileg helyes és rendszertanilag is ellentmondásmentes legyen az így létrejövő joganyag (l. Esser 1956; Larenz 1979).

E két jogréteg ideális viszonya úgy írható le, mint a *bírói kazuisztikával az esetek valóságához kötött jogdogmatika*, ill. másik oldalról mint a *jogdogmatikailag fegyelmezett eseti jogfejlesztés* kettőse.

A két jogréteg mindenkori eredményeinek azonban a politikusok által uralt parlamenti törvényhozásban még egy további szelektáláson kell átmenniük ahhoz, hogy a jog szövegrétegében rögzítést nyerjenek. A jogdogmatikailag megfelelő - és eseti döntésekben már kipróbált - szabályozási alternatívák között ugyanis választási lehetőségük van a parlamenti törvényhozóknak. *A jogpolitikai tevékenység itt kapja meg funkcióját*, és az egyes parlamenti pártok jogpolitikusi, szimpatizáns jogászprofesszorai itt kezdik közelíteni a politika logikáját a jog logikájához és viszont. Ideális esetben a jogpolitikus a jogi szaklapokban publikált és

jogdogmatikailag egyaránt megfelelő de lege ferenda szabályozási javaslatokból igyekszik kiválasztani azokat, amelyek pártja programjának, prioritásainak a legjobban megfelelnek, ill. igyekszik kimutatni a szembenálló pártok jogpolitikusai által preferált alternatívákról, hogy azok milyen politikai hátrányokkal járnának a társadalom nagy csoportjaira nézve. A jog logikája tehát itt már keveredik a politika logikájával. Társadalmilag hatékonyra azonban csak így válhatnak az egyes szabályozási alternatívák, ill. másik oldalról a politikai programok végeredményei - a mindenkor kormánypárt programja - csak így tudja befolyásolni a társadalom életét. Ideális esetben tehát a jog logikája általi formálás és a politikai prioritások szerinti szelekció együtt jelenik meg a törvény szövegében.

Torzulást ebben a viszonyban - vagyis a politikai jogalkotás és a jogdogmatikai termékek viszonyában - az jelenti, ha a politika félresöpri a jogdogmatikailag tisztázott szabályozási alternatívákat, és a politikusok ténylegesen is mint korlátlan törvény-alkotók maguk gondolják ki a jogi rendelkezéseket. Mint láttuk, ez a "decizionizmus" vagy más néven a kemény szövegpozitivizmus álláspontja. Egy komplex jogrendszer azonban ezt a politikai instrumentalizálást nem tudja elviselni, és mielőtt összetörne, a jelentkező kaotikus jelenségek egy idő után a jog logikájának tiszteletét kényszerítik ki a "szuverén" politikusokból. Ez történt a franciáknál a nagy forradalmuk után a XIX. század első évtizedeiben, de a sztálini "jogszolgáltatás" után a '60-as évektől nálunk is reorganizálódni tudott bizonyos fokig a jog logikája.

Szövegréteg (jogpolitika), jogdogmatika és bírói kazuisztika tehát egy sokoldalú viszonyban együtt alkotják a jog rétegeit. Ezeket a hagyományos jogrétegeket egészíti ki egyre markánsabban az utóbbi évtizedekben a nyugat-erőpai országokban az *alkotmányos alapjogok jogrétege*. (A nagy kivétel itt Anglia, ahol a jog belső szerkezete kizárja az absztrakt alapjogok önálló jogréteggé kiépülését.) Különösen az európai alkotmánybíráóságok esetében jött létre az alapjogi bírászkodás eltérő természete a jog hagyományos rétegeitől, mivel itt - szemben az eredeti amerikai verzióval - a rendes bíróságok rendszerén kívüli alkotmánybíráóságok alakultak ki. Ennek révén a jogon túl, absztrakt morális elvekként kialakult emberi jogok az alkotmányba kerülésük után nem "megszelídülve", "eljogiasítva" fejtik kihatásukat, hanem jobban megtartva pörébb morális elv jellegüket kerültek a hagyományos jogrétegek tetejébe. A kazuisztikában kialakult, jogdogmatikailag rendszerezett-absztrahált-kirostált szabályozási alternatívák azáltal, hogy parlamenti-törvényi rögzítést kaptak, még nem jelentik ettől kezdve a "jog végső folyamatába" való beépülést, hanem utólag egy alapjogi szűrőn is át kell jutniuk ehhez. Néhány évtized után azonban az látható a nyugat-európai jogrendszerekben, hogy az alapjogi rétegre - ezeryi alkotmánybíráósági döntésben kifejeződve - már a bírói kazuisztika maximáinak kialakításánál figyelemmel vannak, és az evidensen alapjogokat sértő megoldások, mint nem megfelelő normatív támpontok, nem is terjednek el szélesebb körben. Hasonlóképpen ehhez a doktrinális-jogdogmatikai tevékenységnél is megelőlegezik már a későbbi alapjogi megtámadási lehetőséget, és egy-egy jogterület szabályanyagát és jogdogmatikai rendjét a releváns alapjogok fényében fejlesztik tovább. De ugyanígy a parlamenti jogpolitikusok is megfontolják, hogy az általuk preferált szabályozási modellek ellentétben állnak-e az alapjogi réteggel.

Ebben az ideális helyzetben az alkotmányos alapjogok - valamikori jogon kívüli fogantatásuk ellenére - problémátlanul települhetnek a hagyományos jogrétegek fölé. Ez azonban azt is jelenti, hogy az alapjogi alkotmánybíráskodás is alkalmazkodik bizonyos fokig az adott ország jogrendszerének jogdogmatikai rendjéhez, és csak az olyan pontosságú alapjogokat használja, amelyek normatív tartalma lehetővé teszi a kiszámítható alapjogi bírászkodást. Kissé sommás megállapítással összegezve el lehet mondani, hogy - a néha felbukkanó torzulásoktól eltekintve - a modern jogrendszerek hagyományos jogrétegei kisebb-nagyobb feszültségekkel együtt tudnak élni az

újonnan létrejött alapjogi réteggel, és ez az új fejlemény tovább növeli a modern jog komplex rendszerét.

Lezárásképpen tehát kiemelhetjük ismét, hogy a közelmúltig fennálló kényszer az egységes, "hivatalos" jogelmélet téziséihez való felcsatlakozásra elmúlt, és ha kicsi is az ország elméleti jogásközössége, különböző jogelméleti iskolák létrejöttére már lehetőség nyílik. Ebben a lehetségessé vált elméleti pluralizmusban olyan jogelméleti koncepciók kidolgozására kell törekednünk, amelyekben a jognak ez a többrétegűsége, az egyes jogrétegek kapcsolatai és a professzionális jogászok (jogpolitikusok, jogdogmatikusok, alkotmánybírák és a bírói kar) által kezelt jogrétegek visszakötődése a mindennapi rutinokhoz és etikai mércékhez egyaránt helyt kapnak. Az ilyen jogkonceptióknak a gyakorlati jogászok széles köreiben történő tömegesebb elterjedése nélkül a jog maga sem tud teljes hatékonysággal működni. A modern tudásszociológia egy új meglátásával kifejezve ezt: a jog helytelen "önleírása", és tagolatlan önképe a gyakorlati jogászok jogot megvalósító tevékenységében egy tagolatlan orientálódási térképet ad kézhez, és ez a jog komplexitását maga metszi vissza.

## VII. Fejezet

### Mai német jogelmélet

A modern német jogelméleti irányzatok közül egy sor elemzés emelhető ki, melyek a jog szövegrétege alatti mélyebb rétegek összjátékának kidolgozását igyekeztek elméletileg megragadni. Ennek bemutatására az elmúlt évtizedek hatásos jogelméletei közül Josef Esser, Martin Kriele és Karl Larenz elméleteit tárgyaljuk a következőkben, majd a joghoz kívülről, morál- és jogfilozófusként közelítő Jürgen Habermas elméletét járjuk körül.

#### 1. Esser, Larenz, Kriele jogelméletei

Az 1950-es évek második felétől a kortárs német jogtudományt különösen két - egymással is folyamatos vitában álló - jogtudós jogfelfogása, a bírói jogot előnyben részesítő *Josef Esser* és a jogdogmatikát középpontba helyező *Karl Larenz* nézetei befolyásolták. Elméleteik súlypontjaihoz új aspektusokat tett *Martin Kriele* az 1960-as évek második felétől az egyedi bírói döntés középpontba helyezésével. Az általuk kifejtettek döntő mértékben még ma is meghatározzák a német jogászság jogfelfogását, még ha az Egyesült Államokban kialakult tendenciák a jogrendszer "alkotmányjogiasítására" az egyetemi jogászok berkeiben már megjelentek a



közelmúltban.

### 1.1. Josef Esser - szövegréteg és bírói kazuisztika

Elementáris hatást gyakorolt Esser '50-es évek közepén megjelent könyve (Esser 1956) a német jogtudomány hagyományosan pozitivista beállítottságára. Szinte nem találni olyan átfogó metodikai anyagot a német irodalomban, amely ezután ne hivatkozna rá. A második világháború utáni, jogfilozófiai berkekben fellángoló természetjogi újjáéledés ugyanis jórészt hidegen hagyta a dogmatikai jogtudományt, és csak az alkotmányozás körüli csatározásokban volt komoly gyakorlati hatása (Esser 1956:5). Befolyásos metodikai-jogelméleti munkákban leáldozott ettől az időtől kezdve a törvényszöveghez kötött, szubszumáló bírói elképzelése. A jog-"alkalmazás" kifejezést is mint a "naiv montesquieu-i jogfelfogás" ideológiai maradványát vetették el, és az önálló jogász-bírói teljesítményt jobban kifejező valamikori szabadjogi jelölés, a "jogtalálás" (Rechtsfindung) vagy a "jog nyerése" (Rechtsgewinnung) foglalta el helyét. Nagy különbség van azonban az egyes jogelméleti irányzatok között abban a tekintetben, hogy milyen rétegeket és tevékenységeket látnak dominálónak a jog szövegrétege alatt. Felmerül itt a 1. jogtudományi-jogdogmatikai kategóriarendszer és az itteni továbbfejlesztő tevékenység, 2. a bírói kazuisztika, 3. a jogelvek szerepe és ezek továbbfejlesztése a szövegréteg mögött, 4. de néhány elemzésben a priméren etikai kiindulópontok is központi szerepet játszanak. Másrészt különbség van az egyes irányzatok között abban a tekintetben is, hogy - a szövegréteg alatti említett mozzanatokat hangsúlyozva - milyen mértékben látják szabadnak a bírói döntést a törvényben megnyilvánuló politikai értékeléstől. Így például Karl Larenz, aki erősen hangsúlyozza a törvényszöveg alatti jogdogmatikai rendszer meghatározó szerepét, közel esik Esser elképzeléseéhez. De ott már alapvetően eltér jogfelfogásuk, hogy Larenz erősebben kiemeli a bírónak az előzetesen a törvényszövegben lefektetett politikai értékeléshez való kötöttségét, míg Esser ezt a tipikus totalitáriánus, etatista jogfelfogás megnyilvánulásának tartja (Esser 1956:54). Esser ebben inkább Martin Krielel alkot közös frontot, közöttük viszont a fő eltérés abban áll, hogy Kriele nem emeli ki a jogdogmatika szerepét a bírói döntési tevékenység orientálásában olyan erővel, mint azt Esser teszi, hanem nála a priméren igazságossági értékelések vezetnek a bírót, aki ebből építi fel "normahipotézisét", és azután e lámpás segítségével keres egy ehhez passzoló törvényhelyet. (Így Kriele esik a legközelebb a hagyományos természetjogi felfogásokhoz, de ezekhez képest ő erősebben igyekszik kidolgozni egy racionális lépésrendet, amely ellenőrizhetővé teszi a bírói döntési folyamatot, és nem egyszerűen posztulál egy öröknek tűnő normarendet a pozitív jog fölött.)

Fontos közös vonás az itt elemzett jogfelfogásoknál, hogy alapvetően a hagyományos jogterületeken nyert tapasztalatokból indulnak ki, ezen belül is elsősorban a magánjog területéből, Krielenél annyi eltéréssel, hogy ő bevonja az alkotmánybíráskodási folyamatokat is, de többször hangsúlyozza, hogy általában a bírói döntési tevékenység egészére érvényesnek tekinti elemzéseit (Kriele 1975:43). Így a hatósági joganyagban megtalálható erőteljesebb politikai meghatározást csak negatívan lehet megítélni írásaikból: mint a nem-jog területét, olyan szabályanyagként jelölve meg e normatömeget, amely csak felölti a hagyományos jogterületeken kialakult formákat, ugyanakkor nélkülözi a jog kellékeit: az igazságossági elveket jogivá átformáló jogelvek, maximák, parómiák rétegét, a jogdogmatikai kidolgozottságot és az ezek fölött diszponáló bírói kazuisztikát. Ahol azonban létrejön a hivatalnok-hatósági jogalkalmazás mellett egy önálló bírósági szféra, ott ugyanaz kezd lejátszódni ezeknél is, mint a hagyományos jogterületeken sok évtized alatt lejátszódott: igazságossági elveken orientálódó bírói kazuisztika formálódik lassan, amely közvetít - és amennyiben eltérés van közöttük bizonyos határok között közelít - a törvényszöveg és a társadalom etikai mércéi között, továbbá jogelvek szintjére általánosítja az egyes törvényhelyek értékelési összefüggéseit, és ezekből a rendszerező jogtudományi-jogdogmatikai tevékenység jogintézményeket formál. Ha ez létrejött, akkor itt is "hermeneutikai puffer" lazítja fel, és csúszik itt is a bíró és politikai jogalkotó közé, amelyen mindketten orientálódnak (Esser 1956:234), vagy Kriele megfogalmazásában jön létre a bíró önálló "normahipotézisének" kialakítási szakasza a mindenkor eseti döntésben, és ez lép a bírói döntés és a törvényszöveg közé. A munkajogi bíráskodás ilyen jellegű fejlődése merül fel mind Essernél, mind Krielenél, kimarad azonban nézőpontjukból a mai joganyag nagy részét kitevő közigazgatási jellegű jogterületek elemzése, ahol a közigazgatási bíráskodás fejlődése ellenére közvetlenebb az állami-politikai célok átültetésére használt szabályanyag politikai meghatározottsága, így itt a hagyományos jogterületeken kialakult "hermeneutikai puffer" átvétele nehezen képzelhető el. Másrészt a hagyományos jogterületek közül a büntetőjogi szférában az a bírói szabadság és jogfejlesztés, amit különösen Kriele, de Esser is az átfogó jogfelfogásba belevesz, ellentmond a kialakult erősebb törvényszöveghez kötöttségnek e területen éppúgy, mint

a büntetőjog elementáris jogelveinek: "nullum crimen sine legem", "nulla poena sine legem". Ezért a törvényszövegben megnyilvánuló politikai értékelést jobban tisztelő Larenz kritikája felettük döntően ennek veszélyére a jelzéseket innen veszi (Larenz 1979:256).

A "formális" joggal és ennek pusztá szubszumáló, joglogika által fegyelmezett bíró képével szemben azonban minden itt elemzett jogelméleti irányzat szakít. A jogelméleten túlmutató hatása van annak, hogy ezzel Max Weber jogfelfogásának központi tétele kérdőjeleződik meg. Weber a formális jog és a materiális jog elkülönítésével valamint a modern jog formális jogként definiálásával (amelyet csak alárendeltként törnek meg antiformalis tendenciák) áldozatul esett a XIX. században még domináló törvénypozitivizmusnak (Kriele 1975:186). A bíró szabályhoz kötöttsége soha nem volt olyan erős, mint a hivatalnoké, és a gyakorlatban mindig is a szabadabb-értékelő bírói döntési tevékenység dominált ekkor is, de a kor törvénypozitivizmusa által uralt szellemi légkörben az ezáltal kényszerített bírák a tényleges szabadabb értékelést eltakarva, utólag kikeresve törvényhelyeket "mímelték" a tisztán szubszumáló joglogika érvényesülését (Esser 1956:23). A formális jog lehetőségének egész koncepciója e nézetek szerint tehát a realitás elvétését jelenti.

Esser nyíltan kritika alá veszi a weberi formális/materiális distinkciót továbbfejlesztő Niklas Luhmann jogelméletét is a "célprogrammal", ill. az ezzel szemben "kondicionális" programmal dolgozó jogszabályok elkülönítése miatt: a weberi formális jogot pontosító kondicionális programmal körülírt joganyag nem lehetséges Esser szerint. "A rendszerelméleti szociológia nem gondolhatja, hogy egy törvény elfogadásával egy kondicionális programot hoztak létre, amely - szemben egy célprogrammal - az ítélet eredményeinek mérlegelését és a következmények anticipálását megtiltja. Ezzel szemben még azt sem lehet állítani, hogy egy ilyen kondicionális program a bírónak az ítélet eredményeinek mérlegelését csak kivételes esetekben engedi meg." (Esser 1970:144; Luhmann e tipológiájának első kidolgozásához: Luhmann 1964:1-33., a jogdogmatikával konfrontálódásához: Luhmann 1974))

Túlzottnak kell mondani ezt a kritikát azonban Esser átfogó álláspontjáról is. Ugyanis ő is többször hangsúlyozza a bíró tehermentesítésének fontosságát a priméren igazságossági és szociális szempontok alól a jogdogmatikai feldolgozás által, és minden jogfejlesztést akkor tekint lezártnak, ha a jogdogmatikai feldolgozás és beillesztés a meglévő rendszerösszefüggésekbe megtörtént (Esser 1956:310-312). Weber formális joga, Luhmann kondicionális programja ezt hegyezi ki ideáltípus tisztasággal, és csak így ugrik ki a materiális joganyag és a modern jogrendszerekben kondicionális programmal dolgozó jogterületek különbsége. Az értékelő mozzanatot erősen hangsúlyozó Esser számára ez azonban irritálóan egysíkúnak hat, ám megítélésünk szerint ezzel pedig ő tüntet el egy fontos felismerést a modern jogrendszerek különböző területeinek eltérő természetéről, amit Weber, illetve Luhmann distinkciója kifejezett. Nem vitás azonban, hogy *figyelemmel kell lenni a formális, ill. materiális jog vagy a kondicionális program/célprogram kategóriáinak használatánál ezek ideáltipikus jellegére.*

Esser a politikai jogalkotó, a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenység és a bírói kazuisztika viszonyában a legutóbbinak juttat döntő szerepet, a jogdogmatika ezt csak rendszerezni képes, a politikai jogalkotó pedig egyszerűen törvényszövegbe foglalja az így létrejött, kifejeceedett normákat (Esser 1956:310). A törvényszöveg egyes törvényhelyei közötti összhangot, a joganyag rendszerszerű összefüggéseit Esser két síkon látja megvalósítottak, amelyek fölött szintén nem a politikai jogalkotó rendelkezik, hanem a jogdogmatikai-jogtudományi szféra, ill. a bírói kazuisztika: ez pedig a *jogelvek* szintje és a *jogdogmatikai kategóriák* szintje (Esser 1956:311-318, ill. 1970:10).

Dinamikájában tekintve e rétegek viszonyát, Esser nézőpontja így foglalható össze: ha egy területen nincs még kialakult joganyag, vagy az életviszonyok változásai irreálissá tették a lefektetett szabályokat, a bírák egyrészt az összjogrend kialakult rendszerének átfogó támpontjait veszik alapul, másrészt az adott társadalomban érvényes etikai-morális standardok irányító mércéit, és így az eseti döntésekben egy sor döntési szempontot kipróbálnak. A probléma közeli topikai megoldásokból létrejött jogi parómiák, maximák rögzítik egy fejlődési szakasz után a kifejeceedett és bevált átfogóbb döntési szempontokat, élet közeli standardok adnak többé-kevésbé használható egységes mértéket a bírák kezébe. Az így "első fokon" feldolgozott és valamilyen mértékben generalizált szintre hozott bírói kazuisztikából alakíthat ki a jogdogmatikai-jogtudományi szféra egy feszebb rendszert, egy még általánosabb szintre kiemelve a lazább maxima-jogelv-parómia anyagból egy átfogó gondolatot, és egyrészt rendszeresen köré rendezve a részösszefüggéseket jogintézménnyé pontosítja azt, másrészt ezt az egészet

beilleszti a jog átfogó jogintézményeinek sorába. "A jogtudományi doktrína befolyása a tulajdonképpeni joglétrehozási gyakorlatra... mindig csak közvetett. Az egyetemi jogtudomány a jognak nem forrása..." (Esser 1956, 311). Esser jogi világképében a politikának nincs helye, a bírói kazuisztika és az esetfeldolgozó jogdogmatika organikus jogfejlesztését a politikai jogalkotás csak zavarni tudja.

A jogdogmatikai betetőzöttség jelenti tehát a csúcst a számra az egyes jogterületek, de az egész jogrendszer értékelésében is. Ám szimpátiája minduntalan előtör az angol-amerikai jogrendszerek szerkezetének ábrázolásakor, ahol pedig a jogdogmatikai fejlettség messze a kontinentális jogok alatt marad, és csak a nyitottabb jogelvek szintjén történik meg a joganyagnak egy lazább egységesítése. Szimpátiájának okát abban találhatjuk meg, hogy Esser szem előtt tartja a dogmatikai egységesítéssel együtt járó tartalmi elszegényítést is, és különösen a "Begriffsjurisprudenz" alakjában élő veszélyként látja a dogmatikai egységre törekvés eluralkodása esetén a jog funkciójának elvétését, és a valóság problémáit megragadni és megoldani képtelen jogtechnikák létrejöttét. "Egy olyan dogmatikát, amely egy hamis 'módszerszigorúság' által ösztönözve az etikai és szociális impulzusok 'metajurisztikus' igazságaira való vonatkoztatást megtiltja, nem 'normativistának' hanem 'doktrinalistának' kell nevezni." (Esser 1956, 316). A jogdogmatikai betetőzöttség csak akkor jelent csúcst egy jogrendszer vagy egy jogterület fejlődésében, ha nem semmisíti meg a még nem doktrinálisan kialakított jogi princípiumok, maximák, parómiák rétegét, hanem ezekkel együttműködve hatnak a bírói döntések kialakításában, és a törvényhelyek értelmezésében. (Bár Esser jelzi, hogy a dogmatikai rendszerezés bizonyos fokig menthetetlenül megrostálja az addig létrehozott és használt jogi maximák és standardok rétegét, ill. a rendszer kereteit feszegető részeket levágja a rendszerezés során.)

A "rossz" dogmatika néhány jellemzőjét felmutató kontinentális jogrendszerekkel szemben így Esser nagy rokonszenvvel írja le a common law országok nyitottabb és rugalmasabb jogi standardokon, maximákon alapuló rendszerét. Nagy a különbség persze a precedensek konkrét szituációkra szabott "ratio decidendijéhez" jobban kötött angol joggyakorlat és a merev precedenskööttség alól mind jobban kioldódó amerikai gyakorlat között (Esser 1956, 183-217). Bár az utóbbi évtizedekben az angol jogban is megfigyelhető az átfogóbb jogelveken orientálódás kialakulása és a precedensek ezek fényében történő szelektálása-értelmezése, de különösen az amerikai jogban lát Esser erre mutató tendenciákat, továbbá itt a jó értelemben vett dogmatikai kidolgozottság is kialakult. (Pl. a "jogalap nélküli gazdagodás" területén a korábbi szétszórt keresetekből egységes jogorvoslati dogmatika alakult ki az 1900-as évek közepére.) Ez a fejlődés azonban itt nem töri szét a korábban kialakult rugalmasabb topikai maximák, probléma közelebb jogelvek rétegét, aminek talán az is az oka, hogy a felsőbbbírói tevékenység keretében történik meg a dogmatikai kidolgozás is, és kevésbé a joggyakorlattól izolálódott egyetemi jogtudomány berkeiben (Esser 1956:211).

A jó szintézist, a jog rétegeit a legoptimálisabban egymáshoz illesztő rendszert így az amerikai jogfejlődés jelenti Esser számára. Karl Larenznek így bizonyos fokig igaza van, amikor Esser kontinentális jogot érintő módosító javaslatait úgy kommentálja, hogy az az itteni jogok common law-hoz közelítését jelentené (Larenz 1979:123). Ám másrészt láttuk, hogy Esser ezt a jó osztályzatot csak annak kimutatása mellett adja a mai amerikai jogrendszernek, hogy ez harmonikusan átveszi-átvette a kontinentális jogban kialakult jogdogmatikai réteget.

A nem doktriner jogdogmatikai átdolgozás nemcsak meghagyja a korábban kialakult jogi maximák, jogelvek rétegét - egy rostálási szakasz után -, hanem a rendszerezett joganyagból kiemeli egy-egy jogterület, ill. az egész jogrendszer átfogó jogi alapelveit is. A jogdogmatikai kategóriák fogalmi-semleges jellegük ellenére is visszavezethetők ezekre a legátfogóbb jogi alapelvekre (Esser 1970, 143). Esser tehát két értelemben használja a jogelvek fogalmát: a dogmatika előtti szakasz bírói kazuisztikában kialakított jogi maximáira és a dogmatikai átdolgozás utáni átfogó jogelvek rétegére.

Az eddigiekben a bírói kazuisztika felértékelését és a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenység alárendelését hangsúlyoztuk Esser jogképében, és ez megfelel munkája nagy részében képviselt álláspontjának. Egy sor esetben azonban kiegyensúlyozottabban fogalmaz. Talán ott jön ki legtisztábban árnyaltabb állásfoglalása a bírói kazuisztika és a jogtudományi-jogdogmatikai tevékenység közötti viszony értékelésében, amikor a XIX. századi francia magánjogi gyakorlatot elemezve a "puszta kézműves módon" előállított parómiákról és "tárgyalóteremre szabott" maximákról, "hüvelykujj-szabályokról" beszél. A merev jogdogmatikai rendszer és az élet változása közötti feszültség itt ugyanis az ad hoc bírói megoldások és az ezekből gyorsan létrehozott maximák dominálását hozta létre a bírói gyakorlatban. "A dogmatikai-fogalmi tudás elmélyítésével és finomításával az ilyenfajta

maximák fölöslegessé válnak."(Esser 1956:318). A dogmatikai rendszerezéssel feljavított-megrostált jogi maximák, standardok szerepét azonban, mint láttuk ezután is nélkülözhetetlennek tartja. Épp ezek jelentik a későbbiekben is Esser megítélése szerint a jog továbbfejlesztésének kiindulópontjait, amikor új, dogmatikailag még fel nem dolgozott életviszony szabályozása merül fel, vagy a változások következtében a meglévő dogmatikai rendszer vagy egyes részei inadekváttá válnak.

Mi van tehát a jog szövegrétege alatt Esser elemzései fényében? Jogi maximák, standardok, jogi parómiák (jogi közmondások) rétege, amelyet a bírói kazuisztika termel ki és fejleszt tovább; a jogdogmatikai-jogtudományi rendszerező réteg, amely optimális esetben a bírói kazuisztikára és az ezek által előállított "első fokú" általánosításokra irányulva fogalmi szintre emeli a jogelveket, rosszabb esetben - mint azt a Begriffsjurisprudenz példázza - a kazuisztikát és a jogi maximák rétegét félresöpörve pusztá absztrakcióval és logikai dedukcióval dolgozó "doktriner" dogmatikát hoz létre. Esser értékelése szerint a *dogmatikailag rendszerezett, de a jogi maximáit és a társadalom etikai értékeléseire erősebben vonatkoztatott jogelveit is megtartó jogrendszer kapja a legmagasabb pontszámot*; a kazuisztika és a dogmatika harmóniáját a politikai jogalkotás önálló javaslatai csak zavarhatják.

## 1.2. Karl Larenz - jogdogmatika és értékelő jogtudomány

Larenz "Methodenlehre"-je jogászok generációit nevelte fel (Larenz 1960, mi itt az 1979-es negyedik kiadást vesszük alapul). Ezért, ha a mai német jogászság egészében ható jogszemléletet akarjuk megérteni, akkor különös figyelmet kell e munkának szentelni.

Larenz elhatárolja magát a fogalmi jogtudomány "szubszumáló jogalkalmazás"-felfogásától, de számára Esser és Kriele nézetei minden további nélkül a szabadjogászok elméleteinek modern reinkarnációját jelentik (Larenz 1979:336). Ha azonban nem hagyjuk magunkat elcsábítani explicit vitáiktól, - ami különösen Kriele és Larenz között sokszor már a személyeskedés határát súrolta - és tartalmilag kifejtve hasonlítjuk össze jogszemléletüket, akkor közelebb kerülnek egymáshoz nézeteik. Krielehez közelebb áll Larenz a törvényalkotó értékelésének tiszteletében, bár Kriele miután leszögezi a jogalkotás terén a törvényhozó előjogait (csak ennek monopóliumát tagadja, mint montesquieu-i naivitást), nem foglalalkozik igazán ennek mikénti megvalósulásával a bírói tevékenységben. Azonban Kriele egész észjogi-átmoralizált jogszemlélete távol áll Larenz felfogásától. A törvényhez kötöttség szempontjából távolabb áll ugyan Esser tőle - aki totalitárius törvényimádatnak nevezi a törvényalkotó szerepének kiemelését -, de tartalmilag csak fokozati eltéréseket, máshová helyezett hangsúlyokat találunk elméleteik között.

Közös vonás Larenz és Esser jogelméletében a jogdogmatikai tevékenység középpontba állítása a jog szövegrétege alatt. Tulajdonképpen azt kell mondani, hogy a jogdogmatika eltérő strukturálása és az egyes jogi szférák (bírói kazuisztika és egyetemi jogtudomány) ennek továbbfejlesztésében játszott szerepének különböző súlyozása adja elméleteik eltérő jellegét, amit explicite mindketten túlhangsúlyoznak. (A két elmélet rendszeres összehasonlítására lásd: Frommel 1981)

Larenz kifogása Esser dogmatika felfogásával szemben abban áll, hogy egyrészt túlzottan leszűkítettnek látja ezt a felfogást a dogmatika fogalmi-konstrukciós rétegére, amely értelmezés csak a XIX. század fordulójáig volt bevett, és azóta az értékelő-fogalmi rendszerezés is utat talált a jogdogmatikába, ám ez kiesik Esser dogmatika fogalmából. Másik kifogását úgy lehet összefoglalni, hogy Esser leszűkíti a dogmatika szerepét a döntően igazságossági elképzelések által vezetetten megtalált új jogi megoldások utólagos stabilizálására. Nézzük Larenz megfogalmazásában ezt: "Az a kép, amelyet Esser a dogmatikáról rajzol, nyilvánvalóan olyan elképzeléseken orientálódik, amelyek a XIX. századi dogmatikai munkák jellemzői voltak és még századunk első évtizedeiben is hatottak(...), és amelyek minden jogi jelenséget fogalmakban igyekeztek rögzíteni. Ha jól értjük őt, akkor lehetségesnek tart egy kétvágányú eljárást: a tulajdonképpeni jogtalálás a dogmatika előtti vagy azon kívüli utakon megy végbe, és e mellett a régi értelemben vett dogmatikát egy korlátozott pozícióban meg kívánja tartani."(Larenz 1979:205).

Esser explicite dogmatikára vonatkozó kijelentéseiből kiindulva valóban jogos ez a két kritika, különösen Esser

1970-es "Vorverständnis"-könyvének és 1972-es dogmatikával foglalkozó cikkeinek passzusai alapján. De ha bevonjuk az 1956-os könyvének tartalmi fejtegetéseiből kiemelhető dogmatika-képet, akkor a fogalmi szintre szűkítés vádját el kell ejtenünk. Mint az előbb láthattuk, ebben Esser is két jogdogmatikát különített el, a doktriner-fogalmi dogmatikát és a jogelveket szelektálva-rendszerezve épségben hagyó "normativista" jogdogmatikát (Esser 1956:318). Jó néhány kijelentésében persze itt is sokszor a puszta fogalmi megformálás értelmében használja a "dogmatikai tevékenység" kifejezést, és e mellett megkülönbözteti a jogi maximák és jogi princípiumok rétegét. Larenz ezzel szemben kitágítja a jog dogmatikai rétegét erre a jogi rétegre is tartalmi elemzéseiben, és ekkor szembesülve Esser dogmatika definíciójával szakadékszerűnek látja eltéréseket. Paradox módon azonban - miközben korábban leírt kritikáját fenntartotta Esserrel szemben - művének harmadik kiadásától (1975-től) korábbi tanítványa, Canaris hatása nyomán egyre élesebben kettéválasztotta a jog szövegrétege alatti külső (fogalmi) és belső (jogelvek szintjén levő) rendszerét, és ezzel egészen közel került Esser 1956-os könyvének ide vonatkozó elképzeléseihez. (Lásd Canaris belső és külső rendszerének distinkcióját: 1968:19-61; Larenznél ugyanez: 1979:429-475).

A fő különbség tehát nem is ebben áll közöttük, hisz más szerkezetben ugyanazt látják a jog szövegrétege alatt. Az említett másik különbség a fontosabb, ti. hogy *Esser ezt a jogelvi-fogalmi dogmatikai réteget leszűkíti a jogi továbbfejlesztésnél az utólagos stabilizáló szerepre, és e helyett a jogfejlesztés igazi motorjának direkter behozza az etikai-igazságossági szempontokat.* További eltérésük ebből a szempontból, hogy Esser a jogdogmatika fogalmi rendszerezésre szűkítésével és az ettől elkülönítve kezelt jogi standardok-maximák-jogelvek rétegével a bírói kazuisztika szerepét állítja középpontba, leértékelve az egyetemi jogtudomány adalékát a jog összerkezetéhez. Larenz ezzel szemben inkább a törvény "szolgája" szerepében látja a bírói kart, illetve az eseti döntések tömegének nyújtásával az egyetemi jurisprudencia segédjének, és középpontba a kreatív jogtudományt állítja. Kriele heroikus bírása így Esser összkazuisztikába ágyazott bíróján keresztül itt a törvény szolgájává válik. Illetve pontosabban: mivel a törvényhozó Larenz felfogása szerint is - a stabilizálódott jogdogmatika léte után - csak a jogtudomány által kifejlesztett új jogi intézményeket és ezek rendszerezett tételeit tudja törvénybe foglalni, így a bíró törvényhez kötöttsége tulajdonképpen a jogtudományban kidolgozott modellekhez való kötését jelenti.

Azt lehet tehát mondani, hogy a jog változtatásában és továbbfejlesztésében a jog rendszerének három nagy szféráját (jogalkotás, jogdogmatikai-jogtudományi szféra, bírói szféra) eltérő szerepben és eltérő lehetőséggel felruházottnak látják, és ebből fakadnak az egyes megoldásokat illetően sokszor homlokegyenest szembenálló állításaik. Az előbb láttuk Esser súlyozását a bírói kazuisztika és a jogtudomány között. Ezzel szemben Larenz így fogalmaz: "A viszony az 'elméleti jurisprudencia' és a jogdogmatika ill. a jogi gyakorlat között sajátos módon kölcsönösnek nevezhető. Egyik oldalon a dogmatika a gyakorlatnak döntési kritériumokat ad, amelyeket az nem ritkán igénybe vesz, néha módosítja, néha félre is érti ezeket. A másik oldalról a joggyakorlat a dogmatikának nagy tömegű 'anyagot' szállít, amelyből ez új döntési kritériumokat igyekszik kidolgozni." (Larenz 1979:216). A döntési kényszer alatt álló bírák Larenz megítélése szerint nem tudnak a konkrét jogeset fölé emelkedni és átfogóbb szempontokká egyesíteni az egyes esetek tipikus szempontjait. "Itt lép be a jogdogmatikus munkája." (Larenz 1979:216).

Szelektívnek kell találni Larenz álláspontját, miként a másik irányban Esserét is. Az utóbbi ugyanis hosszú oldalakon ontja az esetekből első fokon általánosított, "bírói bölcsességet" kodifikáló jogi maximák, parómiák, standardok példáit, ám ezután csak az ezekből származó dogmatikai intézményeket említi. Szemben Larenznél ez a jogi réteg említés nélkül marad, és a jogfejlesztés sikerült példáit is a jogtudomány területéről veszi. Pl. a Jhering kreativitására visszanyúló "culpa in contrahendo" merül fel ennek bizonyítására többször, vagy a közvetlen termelői felelősség jogintézményének jogtudományi kidolgozása (Larenz 1979:218-229). Ugyanígy a kontinentális jogrendszerekben lévő legfelső bíróságok "áttörést" jelentő, új jogi szempontot rögzítő döntései mögött Larenz mindig korábbi jogirodalmi kidolgozásokra történő visszanyúlást bizonyít, míg Esser inkább az angol felsőbírák magatartását tekinti itt is tipikusnak, akik számára sokszor Blackstone kommentárja jelenti a "legfrissebb" jogirodalmi élményt, és az egyetemi jogtudomány konstrukcióival bevallottan nem foglalkoznak.

Larenz tehát kitágítja a jogdogmatikát a fogalmi szintről a jogi elvek szintjére is, és az egész középpontjába a jogtudományi tevékenységet teszi. Ennek másik oldala, hogy az igazságossági/etikai elvek jogba való bevitelét nem az egyes bírói eseti mérlegelésében, hanem a jogelvi-jogdogmatikai rétegben egymással rendszeresen összehangolt formában látja megvalósulni. Az eseti mérlegelés ugyanis mindig csak a szembeötlő néhány

igazságossági szempontot tudja figyelembe venni, míg az "értékelő" dogmatika átfogóbb szempontok rendszerezésével és a bírák ezekhez kötésével teljesebben valósítja meg az igazságosságot. Larenz itt - Canarissal összhangban - az igazságosság egyenlősítő oldalát látja megvalósulni a rendszerszerűséget biztosító jogdogmatika révén, és a kivételek beiktatásával az igazságosság méltányossági oldala is bekerülhet a jog rendszerébe.(Canaris 1968:23; Larenz 1979:321).

A jogdogmatika optimistább felbecslése után Larenz extenzív módon kiépíti az eseti döntéseknél a bírának a törvényszövegben található értékelésekhez való kötését, és kötöttebb lépésrendben innen a törvényhozó "valódi" akaratának kiemelésére irányuló kötelezettséget állapít meg a bíró számára. (Míg Krielen rögtön a törvényhozó szabályozási előjogairól történő lemondást konstatál, ha egy törvényhely nem ad közvetlen választ a felmerült esetre, Esser pedig eleve szemben áll a törvényszöveggel való hosszabb foglalkozással.) Larenz ugyanis súlyt helyez arra, hogy ahol jogelvi szintű döntést lehet találni a törvényszövegben, és több jogelv egymást kiegészítő-korrigáló értelme világos utalást ad, ott a bíró köteles a törvényhozó általi súlyozást követni a jogelvek egymásra vonatkoztatásánál, és így értelmezni a törvényszöveg konkrét megállapításait.

Különösen a *rejtett joghézagokra* vonatkozó elemzéseinél ugrik elő ennek jelentősége Larenznál. Rejtett egy joghézag, ha egy törvényszöveg bár konkrét rendelkezést tartalmaz egy esetsoporra, de egy másik részében lefektetett általánosabb szintű jogelv megvalósítása itt kivétel beiktatását követelte volna meg. "Egy 'rejtett' joghézagról akkor beszélünk, amikor bár a törvény tartalmaz egy alkalmazható szabályt az adott esetsoporra, de e szabály a jogszabály egészének értelme és célja szempontjából nem illik erre az esetsoporra, mivel a szabály egy meghatározott releváns sajátosságot figyelmen kívül hagyott. A hézag itt egy korlátozás beiktatásának hiányából áll." (Larenz 1979:362). A bírónak ilyenkor pótolnia kell a törvényhozó mulasztását, és a jogelvből "teleológiai redukcióval" egy kivételt kell beiktatnia a törvényhelyre, és ezzel korrigálva kell az adott esetre alkalmaznia azt.

A törvényszöveghez és az itteni értékelésekhez igyekszik Larenz kötni a bírói kart, de mint látható, ezt oly módon teszi, hogy a törvényszöveg normaanyaga mellé beviszi, ill. pozitívaltnak tekinti a jogi elvek rétegét is, és a normaanyagot a jogelvek fényében látja alkalmazhatónak. Itt ismét láthatjuk Larenz "törvénytisztelőnek" sajátos vonását: *ugyanis csak látszólag köti a bírót a törvényhozó akaratához, hisz a jogelvek egymást korrigáló-kiegészítő rendszerezését és ezek modelljeit a jogdogmatikai-jogtudományi szféra képes csak kidolgozni.* A törvény konkrét rendelkezései pedig Larenz felfogásában is mindig a jogelvek szűrőjén át válhatnak irányadóvá a bírák számára.

Ha a hagyományos jogállami elképzelések fényében Larenz jogfelfogásában is találhatunk kivetni valót - ti. egy hermeneutikai-dogmatikai szűrő itt is mindig jelen van a parlamenti akarat és a jog megvalósulása között -, a jog önálló rendszerszerű működésének ez a modell jobban megfelel, mint Esser jogfelfogása, nem beszélve Krielenek a individuális bírák közvetlen etikai értékeléseihez kötött jogi modelljéről. Esser jogi evolúcióra vonatkozó fejtegetéseiben azonban volt egy fontos meglátás, amit megítélésünk szerint Larenz túlságosan könnyű kézzel intézett el. A törvényalkotó szűkülő lehetőségeire gondolunk, amely Esser 1956-os "Grundsatz und Norm" c. könyvéből kreatív továbbfejlesztéssel kibontható: amikor egy új terület szabályozása a bírói kazuisztika és a jogdogmatika révén tulajdonképpen felölti a jogi minőséget, akkor már nagymértékben lecsökken a politikai jogalkotó önálló változtatási szabadsága. Szerepe így csak a bírói kazuisztikában és a jogdogmatikában kidolgozott szabályozási alternatívák közötti választásra korlátozódik. *Ha már egyszer egy területen jogdogmatikailag tisztázott és felépített jogintézmények jönnek létre és kapcsolódnak össze rendszerré, az ezekbe való célzatos belenyúlás már csak a bírói szféra és a jogdogmatikai-jogtudományi szféra közbejöttével lehetséges.* Esser és Larenz különbsége csak abban áll, hogy míg az előbbi a kazuisztikára, addig az utóbbi a jurisprudenciára teszi a továbbfejlesztésnél a hangsúlyt. Amíg persze ez a kidolgozottság nem alakul ki, csak egyszerűen a társadalmi feszültségek primer politikai kezelése a cél, addig az e célból hozott (szociálpolitikai, közigazgatási etc.) törvények direkt módon továbbíthatják a politikai és parlamenti csatározások által felvetett döntési alternatívák kompromisszumait. Azonban ha stabilizálódik az ilyen területen a bíráskodás, és ennek ítélezési gyakorlatára épülve egy erre elkülönült újabb jogtudományi ág kezdi szisztematizálni-absztrahálni a döntési szempontokat, akkor egy idő után itt is szűkülni kezd a politikai törvényhozó belenyúlási lehetősége a kialakult szilárd jogintézményi szövedékbe, és a "hermeneutikai puffer" (értelmezési szűrő) ezzel ismét létrejön. Larenz ezt a problémát elintézi annyival - épp ilyen jogdogmatikával ellátott jogterületet, a magánjogot szem előtt tartva -, hogy a törvényhozó illetékességét deklarálja az átfogó jogelvi szintű értékelések eldöntésére

(Larenz 1979:418). Larenz egész munkássága azonban bizonyíték arra, hogy az egyes jogintézmények és a mögöttük álló jogelvek csak rendszerezett modellben képesek a kívánt hatásokat kifejteni, és e modelleket ismét csak a jogtudomány berkeiben lehet kidolgozni.

Végül is a törvényhozó parlament politikai csoportjai csak akkor tudnak bármit is eredeti módon eldönteni az ilyen jogdogmatikailag már feldolgozott területen, ha a jogtudomány által kidolgozott modellek legalább bizonyos részben politikai hatásaikban nyilvánvalóvá válnak, és ezek egyes társadalmi rétegek érdekei, domináns véleményei szempontjából később politikai alternatívákká is válnak. E nélkül csak a jogtudományon belüli szakmai viták ismétlődhetnek meg a parlamenti és minisztériumi törvényelőkészítési csatározásokban a törvényelőkészítésbe bevont jogtudósok révén, és végül így jelenik meg valamelyik jogtudományi modell, mint a "Törvény akarata". Mindezek szükségessé teszik a politikai akaratképzés és a jogdogmatikai tevékenység között egy transzformáló szféra kialakulását, és ez a *jogpolitika területe*. Larenz és Esser elemzéseinek ütköztetésével és nézeteik szintézisével szükségszerűen kellett eljutni erre a feltevésre, és a különböző országok jogrendszereinek empirikus vizsgálata bizonyította ennek létezését. (Lásd a jogpolitika részletes elemzését a kötet III. fejezetében.)

### 1.3. Martin Kriele - észjogi alapok és normahipotézisek

Kriele elméletét Esser elméletével összehasonlítva lehet a legegyszerűbben bemutatni. A tőle való eltérést három irányban lehet megadni. 1. Eltér először is abban, hogy nála a jogdogmatika és a bírói kazuisztikában kidolgozott jogi maximák, standardok rétege kiesik a látószögből, és ezek helyett a bírakat az igazságossági és etikai elveket-mércéket primeren megtestesítő észjogi megfontolások által látja vezéreltnek. 2. Következő eltérése abban áll, hogy míg Essernél a törvényhozó politikai értékelésének fontossága a bírói döntésben szinte meg sem jelenik, addig itt ez - ha nem is a törvénypozitivizmus fokán - hangot kap. 3. Végül fontos eleme Kriele elméletének, hogy egy "prezumptív precedenshez kötöttséget" vél felfedezni a kontinentális bírói gyakorlatban is, és ennek pozitívumait igyekszik több oldalról is megvilágítani.

1. Kriele anyagában alig jelenik meg a "jogdogmatika" kifejezés, és amikor egyszer megemlíti, akkor is minden rendszeres helyi érték nélkül teszi ezt. "Ugyanígy...a jogdogmatikai irodalom számára egy minőségi jegyet jelent, ha a különböző jogi alternatívákat a következményeikre tekintettel kutatja..."(Kriele 1976:208). Ugyanígy a jogi maximák, speciális jogelvek, parómiák is kimaradnak jogfelfogásából. Ezek helyett egy jog előtti norma- és értékelési anyagra koncentrál a bírói döntés és a törvényszövegek közötti viszony kutatásánál, amelyeket "észjogi megfontolásoknak" nevez. Meg kell azonban mondani, hogy e kategória központi szerepe ellenére végig homályban marad Krielenél, és csak utólagos elemző pontosítással lehet körvonalazni, mire is gondol ennek kapcsán.

Három pozícióban is felbukkan Krielenél az "észjogi megfontolások" szerepe. Egyrészt felbukkannak az életbeli tényállások joggal való összevetésénél, azaz annak megállapítása során, hogy történt-e egyáltalán jogellenesség. A laikus ügyfél primer igazságérzete - és az a feltevése, hogy ezt támogatja a jog is - veti fel az élet sodrában, hogy itt valami olyan történt vele, amit nem lehet annyiban hagyni: "...hát eltűrheti az ember, hogy ilyen dolog történt vele?"(Kriele 1976:198) De a jogászt is ugyanez az igazságérzet mozgatja, amikor az észjogi megfontolások alapján elé tárt normahipotézist meglévő jogismerete segítségével pontosítja. Ki kell emelni, hogy Kriele a jogász "jogismerete" alatt egybefogja a törvényszöveg ismeretét a legtöbb metodikai munka szerzője által különválasztott jogdogmatikai szint ismereteivel. "A tanácsadásra felkért ügyvéd a jogismerete alapján tudja azt is, milyen további kérdések relevánsak még...Így az eset leírása, amelyet az ügyvéd a bírónak ad, a pozitív jog meglévő anyaga által is meghatározott."(Kriele 1976: 201). *Ebben a pozícióban jelentik az észjogi megfontolások a jogdogmatikai réteg helyettesítését, de ezek nem a jog szövegrétege alatti jogi réteget alkotják Krielenél, hanem a jog elé kitolva, és az igazságossági/etikai érték- és normavilágba helyezve jelennek meg.*

E megfontolások másik pozíciója is ilyenfajta értékelések beemelését jelenti a pozitív jogba. Az észjogi megfontolások másik pozíciója a bírói ítélet következményeinek *anticipálásaként*, és ezeknek az igazságossági értékelések fényében való kiáltalánosításaként írható körül. Vagy az ügyfél védője vázolja, milyen igazságatlanságra vezetne, ha ügyfele számára kedvezőtlen ítélet születne az ügyben, és a jövőben az ilyen esetekre

hasonló döntésekkel kellene számolni, vagy a bíró maga is anticipálja döntésének következményeit az igazságosság mércéivel összevetve. Kriele megfogalmazásában ez az észjogi megfontolások és a "következményeken orientálódás" összekapcsolása: "...mivel ez az észjogi szempont, az ítéletnek ez a közérdekre veszélyes következményeinek felmutatása..." (Kriele 1976:207). Végül harmadik pozícióban jelennek meg az észjogi megfontolások Krielenél, amikor a bíró nem talál pozitív jogi döntést (törvénytörvényt vagy precedenst), és magának kell megalkotnia az eset eldöntésének normáját. A hagyományos jogelméleteknél itt az analógia lép elő a jogdogmatikai kategóriák és a közel eső törvényhelyek segítségével (vagy Essernél a bírói kazuisztikában kialakuló jogi maximák képzése, majd ezek dogmatikai beillesztése). Krielenél azonban az észjogi megfontolások nyomán összeállított bírói normahipotézis adja meg az új norma megalkotásának irányait. Ennél pedig szintén jelen van az ez alapján kimondandó ítélet eredményeinek anticipálása az igazságosság fényében. "Ugyanis a bíró ebben a hipotetikus elgondolt és minden hatályos jogszabálytól mentes szituációban, ha az igazságosságot szóhoz szeretné juttatni, egyáltalán nem tud mást tenni, mint normahipotézisének egyes variánsait abból a szempontból végiggondolni, hogy milyen következményekre vezet az egyik, milyenekre a másik ..." (Kriele 1976:198).

2. A jogdogmatikát mint önálló, jogon belüli szférát kitolja tehát elemzéséből Kriele, és helyette primeren jogon túli etikai bázisra állítja a bírói döntési tevékenységet és a jogász érvelési módot, de a törvénytörvényt és az ebben foglalt jogalkotói politikai értékelést kötelezőnek tekinti a bíró számára. Szemben Esser megítélésével, mely szerint a bírói kazuisztika és a jogdogmatika harmóniáját csak zavarni tudja a politikai jogalkotó belenyúlása a jogba, Kriele elismeri a törvényhozói előjogokat a jog továbbfejlesztésében. (Másik oldalról a törvénypozitivizmus túlzásának tekinti a törvényhozói monopólium deklarációját és a bírói precedens-alkotás eltiltását.) Ahol azonban a bíró az elé tárt esetekre nem talál törvényhelyet, azaz a törvényhozó nem élt "előjogával", ott a bíró az említett észjogi-etikai értékelések alapján maga alkothatja meg az esetet eldöntő normát. Az így létrejött normaanyag, kiegészítve a törvényi anyagot, alkotja azzal együtt a pozitív jog rendszerét. Ez a precedensjogi anyag így nem a törvény szövegrétege alatt, annak értelmezéseként fogható fel ebben a tematizálásban, hanem ugyanannak a rétegnek a továbbszövését jelenti. Azt lehet mondani, hogy *Kriele megfogalmazásában a pozitív jog egy rétegből áll - a törvényhelyek és a precedensek rétege -, amely alatt már csak a jog előtti észjogi -etikai értékelések adnak támpontokat*, mind a jogszolgáltatást igénybevevőknek, mind a pozitív jogot továbbfejlesztőknek.

3. Kriele dinamizálni igyekszik a jogról alkotott elképzeléseinket, amikor a kontinentális bírói gyakorlat tényleges helyzeteként írja le a bírák "prezumpatív" precedenshez kötöttségét. "A precedensek prezumpatív kötelező ereje minden jogász számára egy naponta tapasztalt magátólértéktudóság." (Kriele 1976:243). A kontinentális jogban nincs ugyan kötve a bíró formálisan a korábbi ítéletek precedenseihez, de egy "helyességi vélelem" létezik a precedens javára ("Vermutung zugunsten des Präjudiz"), amelyet rendszerint csak akkor vetnek el a bírák, ha nyomós okok merülnek fel - szintén az észjogi/igazságossági megfontolások alapján - az adott esetre való alkalmazása ellen.

Látható tehát, hogy Kriele itt is eltekint az eseti bírói döntésekből kijegecesedett átfogóbb rétegtől, a jogesetek tömegének tipikus szempontjain alapuló jogi maximák, standardok, jogelvek anyagától, ill. ezek jogdogmatikai átfogó rétegétől, és a magányos bírót az esetekre szabott precedensek tömegében tartja szem előtt. Ezek vagy tehermentesítik a bírót, amennyiben felhasználja azokat, vagy észjogi megfontolások alapján elveti a releváns precedenseket, és ezen az alapon normahipotézisét megkonstruálva maga alkot precedenst, amit a következő releváns esetek bírái hasonlóképpen vesznek figyelembe vagy vetnek el. Vagy másképp megfogalmazva: *Kriele individuális bírót tart szem előtt esetekre szabott precedensek tömegében tart, akik adott esetben egyénileg építik-szövik tovább igazságossági standardok alapján a precedensjogot*. Esser ezzel szemben "kollektivist", megítélése szerint egy-egy bírói döntés egy új szituáció kidolgozásakor csak a sejtés szintjén tudja megfogalmazni a helyes válaszokat, és nagy tömegű kazuisztika képes csak lassan körbejárni a lehetséges megoldási irányokat, kijegecesítve a tipikus vonásokat, hogy ezután jogi maximák vagy jogelvek szintjén az oda illő általános jogi gondolatok kiemelhetők legyenek. *Így nem magányos bírák építik tovább a jogot esetekre szabott precedensekkel, hanem a bírói kazuisztika egésze*, és mindezt átfogóbb jogi rétegbe ágyazottan. Esser jelzi azt is, hogy az utóbbi évtizedekben az angol jog merev "ratio decidendi"-hez kötöttsége is lazult, és az obiter dictumok jelentősége nő a bírói érvelésekben és orientálódásban, és az obiter dictumok sorozatai tartalmazzák a bírói kazuisztikában kijegecesített jogi maximákat, átfogóbb jogi elveket (Esser 1956:312).



Nyilvánvalóan létező mozzanatot emel ki Kriele a bírák korábbi precedenseken orientálódásával - a törvényhelyek mellett - a kontinentális gyakorlatban is, de a jogi maximák és a jogdogmatikai tevékenység figyelmen kívül hagyásával megítélésünk szerint eltorzítja a tényleges bírói tevékenységet éppúgy, mint a jogfejlesztés útjának leírását. Két szempontból is kérdésesek itteni elemzései. Egyrészt irreálisnak tűnik az a feltételezése, hogy átfogó érvénnyel létező lehetőségnek véli az adott esetekben a meglévő precedensek felülbíráását, és az egész - az elveszett precedensbe investált - gondolati munka újakezdésével egy új norma alkotását. Mint a jogtörténet mutatja, egy-egy kreatív bíró, különösen privilegizált pozícióban lévő felsőbbbíróságokon, képes egy nagyobb újítás végrehajtására, új jogi szempont tiszta kibontására stb. (Fel is vetették már Krielel szemben, hogy túlzottan a felsőbbbíróságok gyakorlatából kiindulva alakította ki, és így torzította el az egész joggyakorlatra vonatkozó felfogását. Lásd: Canaris 1968:32). De a számtalan átlagbíró között szórványosan fellelhető kreatív bírák sem maguktól hozzák létre új és maradandónak bizonyult jogi gondolataikat, jogelv-megformázásaikat, hanem - mint Esser dokumentálta - egy hosszabb bírói döntési sor látszen kidolgozott támpontjaiból emelik ki, tisztítják le az új jogi szempontot. Ez tehát Kriele másik torzítása.

Azt lehet mondani, hogy Kriele a bírói gyakorlatnak ezzel az individualizálásával és a továbbfejlesztés egyéni-kreatív bírákhoz kötésével a tudományon belül megfigyelhető helyzetet extrapolálta ki a jogra. Itt az egyes tudós felé követelményként rögzítve tudományterülete közössége megköveteli: az eddig felhalmozott és a pályatársak között konszenzussal tudományosan igaznak elfogadott tudáskincset elfogadni ugyan nem kell, de ismerni igen, és csak explicit cáfolással lehet elvetni. Ezen túl a tudomány mechanizmusai - az originalitásra kötelezéssel - megkövetelik a mindenkori tudáskincs továbbépítését; új szempont nélkül csak ismételtetni az egyszer már más által publikált állítást nem számít tudományos tevékenységnek. A folyóiratok "peer review" mechanizmusai és a tudományos értékelés többi mechanizmusa általában kikényszerítik ezt (Lásd: Merton 1973, Hagstrom 1965, Storer 1966 etc). Az ezen az elven nyugvó tudomány rendszere azonban csak extrémításig hajtott specializálódással képes ezt a cáfolásig érvényességet fenntartani, és másrészt ez olyan cseppfolyóságot hoz létre, amely révén a tudomány eredményeit minden társadalmi alrendszer számára csak rögzítő-közvetítő szférák beiktatásával lehet befogadhatóvá tenni. (Pl. alkalmazott ipari kutatások, technológiai szféra, vagy az átfogó társadalomtudományok eredményeinek közvetítésénél a jog felé a jogdogmatikai-jogtudományi tevékenység bizonyos ágai, a politika felé az ideológiák transzformáló szerepe emelhető ki.) A gyakorlati problémamegoldásra közvetlenül irányuló jogrendszer esetén azonban kérdésesnek tűnik Kriele "prezumpatív precedenshez kötöttségén" alapuló jogi modellje.

Végül alapvető kritikánk Kriele jogfelfogásával szemben, hogy ezzel túlzottan átmoralizálódik a joggyakorlat. Az igazságossági szempontoknak az a közvetlen befolyása az egyes bírói döntésekben, jogi eljárásokban, ahogy azt Kriele leírja, az ellenérdekű feleket egymás szemében mint amorális lényeket mutatná be. Az etikai szempontok által feltüzelt ügyvéd számára, aki direkt morális szempontokból kiiindulva érvelve, s akit a "hová vezetne ez, ha annyiban hagynánk" morális felháborodása irányítana - pályafutása folyamán mindvégig! -, elviselhetetlen terhet jelentene tevékenysége. Niklas Luhmann meggyőzően mutatta ki, hogy a római jogtól kezdve a jogász, aki naponta úgy építi fel az esetet illető (és ügyfele számára kedvező verzióját), hogy közben tisztában van az ellenérdekű fél jogászának vele polárisan szembenálló verzióinak lehetőségével és ennek mindennapi gyakorlatával, csak a nagyobb etikai fűtöttség nélkül képes ezt a tevékenységet folytatni, és csak így válhat a társadalom integrációjára is veszélytelenné a modern társadalomban jelentkező jogi viták egyre nagyobb tömege (Luhmann 1972:54).

## 2. Jürgen Habermas jogelmélete

Az 1981-en megjelent nagy szintézise - "A kommunikatív cselekvések elmélete" - óta Habermas elméletének részleteit bővítette (Habermas 1984), a legújabb társadalomelméletekkel ütköztette (1985), és egy sor kötetben összegyűjtve előtanulmányokat írt a normák, értékkötelékek és a jogi szféra elemzésére (1983; 1988). A '90-es évek elején egy újabb rendszeres munkát jelentetett meg "Tényszerűség és érvényesség" "(Faktizität und Geltung)" címmel, amely a jognak a modern társadalomban elfoglalt helyét, az erre vonatkozó elméleti reflexiókat és a jog politikához fűződő kapcsolatait dolgozta fel. A jog mindig is kitüntetett szerepet kapott a társadalomfilozófus Habermas elemzéseiben, és noha a XX. század végén már nem szokták figyelembe venni a

jogi szféra professzionistái a nem jogászok által készített jogfilozófiai tablókat, de Habermas átfogó elméletének súlya, a jogi és a politikai szféra összefüggéseivel való sokéves foglalkozása a jogászok számára is indokoltá teszi e jogelmélettel a megismerkedést. Habermas azonban nem is csak a jog belső összefüggéseit elemzi új munkájában, hanem átfogó társadalomelmélete terén is néhány új lépést tesz, illetve új kategóriák megjelenését figyelhetjük meg nála, így átfogóbb társadalomfilozófiai és szociológiaelméleti nézőpontból is érdeklődésre tart igényt munkája.

Elemzésünk első részében Habermas jogkoncepciójának elemeit igyekszünk kiemelni; a következő részben az emberi jogok és a demokrácia, a parlamenti törvényhozás közötti feszültségeket és Habermas ebben való állásfoglalását vesszük szemügyre; ezután az alkotmányba bevett emberi jogok, az alapjogok katalógusára vonatkozó nézetét tárgyaljuk; negyedik részben egy új kategória, a "kommunikatív hatalom" helyi értékét elemezzük, összefüggésben a politika és a közigazgatás viszonyával; és végül az utolsó részben Habermas alkotmánybíráskodásra vonatkozó elméletével foglalkozunk.

## 2.1. Habermas jogkoncepciójának elemei

Az elmúlt másfél-két évszázadban a különböző jogelméletek a jog világának egyes rétegeit középpontba emelve eltérő akcentust adtak a jog megfogalmazásának, és meghatározott irányokban leszűkítve tematizálták a komplex jogrendszer szerveződését. A jogelméletek sokaságában csak ritkán bukkan fel olyan elmélet, amely a jog több rétegét egymással összekapcsolva tudta volna elemezni. Hogy a fontosabb szűkítéseket említsük, a sort a jog politikai komponensére leszűkítő elméletekkel kell kezdeni, amelyek a *jogot mint az állami testületek politikai akaratának normatív rögzítését fogták fel*. (Ide sorolható a múlt század első felének angol jogfilozófusa, John Austin éppúgy, mint a franciáknál a múlt században végig domináló "exegétikus iskola" képviselői, vagy a XX. századból Hans Helsen, de más elméleti alappal a sztálini jogelméletet megalapozó Visinszkij is.) Ebben a felfogásban a jog a politika eszköze, állami parancs, és a hatályos jog kódexeiben, közlőnyeiben a jogszabályok szövegei tartalmazzák a jog egészét, bármikor kicserélhető állapotban az állami akarat változása esetén. E "szövegepozitívista" - vagy más néven: "törvénypozitívista" vagy "decizionista" - jogkoncepciókkal szemben, amelyek a jogot az állami politikába vonják be mindenestől, egy másik irányú szűkítést a múlt század végi német "Begriffsjurisprudenz", a "fogalomjogászat" hajtott végre (Ott 1983: 413-425). Ez az irányzat a jogszabályok szövegében lévő rendszerezett kategóriakészletre helyezte a hangsúlyt, amelyek kötik a politikai jogalkotót az új törvények megalkotásánál éppúgy, mint a bírakat ezek egyedi esetekre történő alkalmazásánál. *A jog itt mint az egyenműsített fogalmak rendszere jelenik meg*, elhalványítva a politika befolyását és a bírák személyiségén keresztül bekerülő etikai mérlegelési szempontokat. Egy egészen más irányú szűkítést a bírói jog koncepciói adtak századunk első évtizedeiben, a németeknél a "szabadjogi iskola" alakjában, némileg később az Egyesült Államokban a "jogi realizmus" elnevezés alatt. *Itt a jog az egyes bírói döntésekből kialakuló bírói gyakorlatként kerül megfogalmazásra*, tagadva az állami jogalkotás érdemi szerepét éppúgy, mint a jogtudományi-jogdogmatikai kategóriák és az itteni tevékenység szerepét. A jog e hagyományos rétegei - szövegréteg, jogdogmatikai réteg és a bírói gyakorlat - mellé az elmúlt évtizedekben az Egyesült Államok után Európában is komoly szerephez jutott az alkotmányos alapjogok rétege, amely mellé egyedi esetekben ítélkező alkotmánybíráóság települt. E fejlemény egy sor feszültséget hozott létre a jog hagyományos rétegeinek viszonyában, és sok szempontból átstrukturálta ezeket a kapcsolatokat, de néhány évtized alatt a legtöbb nyugat-európai országban stabilizálódni tudott az új jogi réteg együttélése a régiekkel. A jogelmélet síkján azonban megjelent egy befolyásos jogkoncepció, amely az előző leszűkítések mellé egy új szűkítést hozott létre: ez Ronald Dworkin amerikai jogfilozófus jogkoncepciója, amely *a jog súlypontját az alkotmányos alapjogokban találta meg*, és az elmúlt évtizedben nagy hatást tett ez a jogkoncepció a kontinentális Európa, főként a német jogelmélet művelőire is.

E szűkítő jogkoncepciók mellett a jog többretegűsége is megjelent több-kevesebb fokban az elmúlt évszázadok jogelméletei között, ahol az egyoldalúságok helyett a jog komplexebb képe bontakozik ki. A történeti jogi iskola vezéralakja, Carl Friedrich von Savigny a múlt század elején még ilyen komplex jogelméletet fogalmazott meg a jogi doktrínák, a bírói gyakorlat és a törvényhozás összefüggéseinek együttes tematizálásával. A francia Francois Gény a XX. század fordulóján már adekvátabb nyelven tudta a jog többretegűségét kimutatni, majd az ő nyomán az amerikai Benjamin Cardozo vitte ezt tovább, és végül a németeknél az 1950-es években mindezeket összegezve Josef Esser alkotott egy komplex jogelméletet. Sok szempontból vele vitatkozva a szintén német

Karl Larenz jogkoncepcióját kell még megemlíteni a jog többretegűségét feltáró elméletek közül.

A szűkítő jogkoncepciókkal szemben tehát azt mondhatjuk, hogy a jog úgy szabályozza az egyes emberek magatartását, hogy a sok ezernyi szabály jogáganként összecsiszolt *jogdogmatikai kategória rendszert* tartalmaz - jogelvek és jogi fogalmak készletét -, ezentúl a *bírói gyakorlat mindennapi döntései* ad hoc jellegű normatív támpontokat dolgoznak ki az újonnan felmerült jogeset-csoportok stabil szabályozásának kialakítása előtt, megadva ezzel a jogtudományi - jogdogmatikai szférában tevékenykedőknek a lehetőséget arra, hogy ne csak deduktív-logikai úton dolgozzanak ki új szabályozási modelleket; mindezek alapján a politikai jogalkotók a parlamentben a *politikai programjuknak legmegfelelőbb szabályozási modellt* igyekeznek kiemeltetni jogpolitikusaikkal és a parlamenti harcokban törvénnyé formálni; végül e jogrétegek termékeinek formálódására folyamatosan hatnak az *alkotmányos alapjogok és az alkotmánybírósági értelmezéseiket tartalmazó döntvénygyűjtemények*, amelyek mögött primerebben ott állnak a társadalomban domináns csoportok morálfilozófiai álláspontjai.

Ha Habermas jogkoncepcióját el akarjuk helyezni az így megadott koordináták között, akkor kiindulópontként úgy lehet röviden összefoglalni azt, hogy egyrészt a *jog politikához, másrészt az alapjogokhoz és ennek révén a társadalom tagjainak morális-etikai diszkurzusához kötöttségét emeljük ki, míg ezzel szemben a jogdogmatikai-jogtudományi réteg és a bírói gyakorlat szerepét elhanyagoltnak látjuk ebben a koncepcióban*. Az elhanyagolás miatt pedig az előbbi két jogréteg döntési szabadsága óriási módon kitágul Habermas jogkoncepciójában.

A jogdogmatika szerepének félreértelmezése okozza Habermas jogkoncepciójának legfontosabb problémáját, és e félreismerés röviden úgy fogalmazható meg, hogy *ő a jogdogmatika szerepét csak a már létrejött jogszabályokat alkalmazó bírói döntések vonatkozásában fogalmazza meg*. "Bizonyára evidensnek tűnik pragmatikus okokból a törvényhozói és a jogalkalmazói szféra elkülönülése, miután a jog dogmatikai átdolgozása és a jogelmélet eltudományosítása a bírói döntési gyakorlat messzemenő professzionalizálását vonta maga után" (Habermas 1992:212). Néhány oldallal később szintén azt írja, hogy "a jogelmélet a jogdogmatikával együtt a bírói perspektívát részesíti előnyben"(241p.) és ez különböző kontextusokban minduntalan felbukkan a könyv lapjain. Nem figyel azonban arra, hogy a jog reális működésében nélkülözhetetlen szerepet kap a jogdogmatikai "előformálás" a politikai jogalkotó szintjén is, hisz az élet legkülönbözőbb területeit szabályozó sok tízezer jogi rendelkezés egymást kioltó káosszá válna, ha ezek nem egy előzetesen már összecsiszolt jogdogmatikai kategóriarendszert használnának fel, és egy-egy újabb kombináció kialakítása megkívánja, hogy leellenőrizzék ennek kihatásait az átfogóbb jogdogmatikai összefüggésekre. Ez a bonyolult szövedék azonban ezt a leellenőrzést - vagyis az új szabályozási modellek kialakítását - csak professzionális jogászok számára teszi lehetővé, akik e modelleket még a törvényhozásban felmerülésük *előtt* kidolgozzák. A politikus jogalkotó kötve van e modellekhez, és csak úgy nyúlhat a hatályos jog anyagába, ha az új szabályozási alternatívák jogdogmatikai kidolgozása, jogrendszer-tani következményeinek leellenőrzése megtörtént. E nélkül rövid idő alatt kaotikussá válna a jogrendszer, és a valóságban inkább azt lehet látni, hogy a politikus jogalkotók az előzetesen kialakított, jogdogmatikailag leellenőrzött új szabályozási alternatívák közül választanak, mintsem eredeti módon "alkotnák" ténylegesen az új törvényeket. Alkalomadtán persze maga Habermas is jelzi ezt az összefüggést, de ezt nyugodtan nevezhetjük "nem hivatalos" jogdogmatika-koncepciójának, ugyanis tartalmi következményeket ehhez sehol nem fűz, és ténylegesen az előbb idézett "bírói gyakorlat mellé telepített jogdogmatika"-koncepciót alkalmazza. "Ennek felel meg a kodifikálás - írja -, amely a jogszabályoknak a konzisztencia és a fogalmi kidolgozottság magas fokát kölcsönzi. Ez a juriszprudencia feladata, amely a joganyagot tudományosan feldolgozza, és rendszerezés ill. dogmatikai átdolgozás alá vonja." (Habermas 1992:180).

Hogy nem véletlen Habermasnál a jogdogmatika korlátozott szerepre szorítása, azt mutatja e tekintetben Weber-kritikája is: "Weber persze a rekonstruktív fogalmi-analizáló munkát túlságosan a juriszprudenciához rendeli. Nem elég erősen különbözteti meg a jogdogmatikát a jogelméletet és a jogfilozófiát. A jogfilozófia elhanyagolása többek között talán arra vezethető vissza nála, hogy Weber a morálfilozófiában levő kognitivisták megközelítéssel - amelyet ma Rawls vagy a diszkurzus etika irányzata képvisel - szkeptikusan szemben állt. Az értelmi összefüggések túlságosan szűk diszciplináris befogása a jogdogmatikába nem engedi annak a kettős módszertani perspektívának, ill. ezek ellentétének a felszínre kerülését, amelyet Weber legalábbis implicite jelzett" (Habermas 1992:95). Weber jogdogmatikát kiemelő jogkoncepciójával szemben Habermas a morálfilozófia felé nyitott jogfilozófiát emeli a középpontba, jelentéktelen szerepben felfogva a jogdogmatikát,

és ezzel, a jog fölötti befolyásból kirekesztve a professzionális jogászréteget, a politikusoknak, ill. a társadalom morális diszkurzusában domináló értelmiségi rétegeknek juttat nagy szerepet.

A jogdogmatika leértékelése a jog belső törvényszerűségének háttérbeszorítását hozza létre Habermas jogkonceptiójában, és ezt a beállítódását jelzi az az elemzése is, amely a jog államtársadalomban elfoglalt helyét és kapcsolódásait mutatja. "Mivel történelmileg először csak az állam által alkotott jog veszi fel egy jogrendszer specifikus vonásait, ezért Webernek az az elmélettechnikai döntése, hogy a jogot a politikai rendszer részeként fogalmazza meg, bizonyos plauzibilitással rendelkezik. Kevésbé plauzibilis azonban Luhmann további lépése, hogy a modern társadalomban elkülönült jogot a politikából ismét kimetszi és a közigazgatás, a gazdaság, a család stb. mellett, mint a társadalom egy alrendszerét fogja fel. Egy másik perspektívát foglal el Parsons, aki - ahogy Durkheim is - a jogfejlődést a közösségi rendszerrel összefonódva látja" (Habermas 1992:100). Vitatkozni lehet Habermas interpretációjával, hogy Weber a politikai rendszer részeként fogná fel a jogot - ő ezt a következtetést abból vonja le, hogy Weber a politikai uralom egyik fajta legitimitását (a legális uralmat) a jog legitimitására alapozza -, hisz épp az előzőekben láttuk, hogy Weber nagyon is ügyelt a jog speciális, öntörvényű értelmi összefüggésekre a jogdogmatikában, de fontosabb itt most Luhmannal szembeni kritikája, aki mint önálló funkcionális alrendszert fogja fel a jogot. Habermas fő tagadási pontja tehát ismét a jog önállósága ellen irányul, míg a politikába befogottságát, illetve a közösségi szférával összefonódottságát pozitívan említi.

A közösségi szféra morális-etikai mechanizmusai való beágyazottság terén azonban Habermas maga is nélkülözhetetlen korlátokat mutat ki, és az ebben a tekintetben nála radikálisabb John Rawls és Ronald Dworkin jogkonceptiójának kritikája is megtalálható elemzéseiben. Nézzünk meg három olyan idézetet, amelyek nagyjából kijelölik Habermas distanciálódását a jogot a morálra és a morálfilozófiára visszametsző megközelítésektől: "A rawls-i kísérletnek az a gyengéje, hogy az elmélet ideális követelményei és a társadalmi fakticitás közötti szakadékot ott hidalja át, amely azon a szinten fekszik, ahol azt egy etikai elmélettel nem lehet kiegyenlíteni. Az ennek ellenálló realitás ugyanis, amellyel a normatív érvelés érintkezésbe akar kerülni, nemcsak és nem is elsősorban az értékorientációk és az ellentétes életideálok pluralizmusából építkezik, hanem az intézmények és a cselekvési rendszerek keményebb anyagából" (Habermas 1992:88)

A következő idézet a Rawls fölötti kritikát a filozófiai igazságosság elméletekre általában terjeszti ki, és tisztábban kiemeli a Habermas által előbb jelzett problémát: "A filozófiai igazságosság elmélet elhibázza azt az intézményes dimenziót, amelyre a társadalomtudományi jellegű jogelméleti vita eredendően irányul." (Habermas 1992:90). Végül ugyanezt a gondolatsort Habermas a jog és a morál intézményes elkülönítésének megfogalmazásánál folytatja. "El kívánom különíteni már kiindulópontban a jogot és a morált, szemben Rawls disztinkciójával, aki csak a politikai igazságosság és a morál között tesz különbséget, melyek ugyanazon a normatív szinten fekszenek." (Habermas 1992:106). A morálfilozófus - a jogot a közösségi kötelekbe túlzottan integrálva - hajlamos egyben a politikába is jobban bevonni azt, és mindkettőt így erősen odakötni a társadalom közösségi szférájához. Mint láttuk, Habermas ugyanezt teszi a jog öntörvényűségének tagadásával, de a Rawlssal szembeni kritikája mutatja bizonytalanságát ezen a területen, és visszarettenését e radikális megoldástól.

A modern komplex társadalomban elégtelen a morális elvek általi magatartásirányítás három irányból is - mondja Habermas. Először is *túlságosan absztraktak*, "kognitíve meghatározatlanok" ahhoz, hogy az egyes szituációkban irányítani tudnák a cselekvést. A jogalkotási folyamatban a létrejövő jogszabályok ezt a határozatlanságot tüntetik el. Ebből következik a morális irányítás másik problémája, a *motivációs bizonytalanság*, amely az általánosságban mindenki által elismert morális elveket a mindenkori szituációkban való alkalmazáskor kíséri. Végül harmadik problémát jelent itt a morális elvekből az egyes szituációkban jelentkező *kötelezettség hozzárendelésének kérdése*. Mindenki által elfogadott elvnek tekinthető - mondja Habermas -, hogy az éhhalál előtt állót meg kell menteni, mégis ennek lebontása, a "címzett kör" pontosítása nem olyan egyszerű, mint ahogy azt a fejlett államok jólétben élő polgárai és a harmadik világ éhezõ övezeteinek kontrasztja mutatja (Habermas 1992:148).

A morális irányítás tehát elkülönült jog nélkül nem megy - vonja le a következtetést Habermas. Ez azonban csak a morálfilozófusokkal való explicit összeütközéseknél irányítja gondolkodását, és mint látható volt, a Weber, Parsons és Luhmann által jelzett három irány közül épp azt utasítja el, amely a jognak a közösségi-morális szférából történő kiszakadását állítja, és ezzel szemben Parsons nyomán a közösségi szférába fogja be a

jogfejlődés súlypontját. Deklaratív marad tehát a morálfilozófiák fölötti kritikája, és vele szemben is meg lehet ismételni ezt a kritikát: a jog öntörvényűségének tagadásával, a politikába és a morális szférába való túlzott befogásával a jog intézményes rendjéből fakadó követelményeket nem igazán tudja megragadni.

Jogkoncepciójának körvonalait más oldalról mutatja az 1981-es átfogó elméletének kategóriái közötti elhelyezése. Mint közismert, ebben a munkájában a modern társadalmak szerkezetét az életvilág és az ebből kiszakadó - és részben ezt "gyarmatosító" - rendszerek kettőseként írta le. A jogot most így helyezi el a fogalmi körben: "A kommunikatív cselekvésemélet szemszögéből a "jog" cselekvési rendszere mint az életvilág társadalmi komponensének egy reflexívvé vált legitim rendje ragadható meg... Azonban a jog kódja nemcsak a köznyelv médiumához épít ki csatlakozást, amelyen keresztül az életvilág szociálintegratív megegyezési teljesítményei létrejönnek. Ez a kód az ilyen gyökerű információkat egy olyan formába önti át, amelyben ezek a hatalom által vezérelt közigazgatás és a pénz által irányított gazdaság számára érthetővé válnak. Ennyiben a jog nyelve - az életvilág szférájára korlátozott morális kommunikációtól eltérően - az életvilág és a rendszer közötti, össztársadalmi szintű transzformátorként funkcionálna." (Habermas 1992:108). Ha Habermas teljes funkciókörében venné figyelembe a jogdogmatikát, a jog jogdogmatika általi többszázéves formáltságát és a professzionális jogászok által kezelt öntörvényűségét, akkor a mindennapi életbe való "fél-részben" történő belefogás lehetetlenné válna. Egy-egy új jogdogmatikai összefüggés feltárása ugyanis önálló monografikus munkák sokaságán nyugszik, és a jog intézményes rendje az ilyen dogmatikai összefüggések tömegét tartalmazza. Ezek révén a speciális jogi szavak sokasága jön létre, de a mindennapi nyelv szavai is speciális értelemben kerülnek felhasználásra. Miközben Habermas ezek figyelmen kívül hagyását veti a morálfilozófusok részére, teljes horderejével ő maga sem tudja ezt átlátni. Habermas megoldásával szemben nem a jogot kell "a" rendszer és az életvilág közötti közvetítő szféraként tematizálni, hanem az egyes funkcionális alrendszerek - közöttük a jog is - és a mindennapi élet között mindenhol fel lehet mutatni közvetítő szférákat, amelyek egyik oldalról a mindennapi élet problémáit jelzik az alrendszerek felé, másrészt a mindennapi élet fölé emelkedett alrendszerek termékeit - új szemantikákat, norma-ajánlásokat, kognitív ismereteket, technológiákat stb. - transzformáltan-szelektáltan átviszik a mindennapi élet gyakorlatába. (Lásd Habermas és a Luhmann elmélete közötti ilyenfajta összekötés kísérletére: Pokol 1999).

A jog és a morál között Habermas egy másik dimenzióban is eltéréseket fedez fel, és ebből a szempontból is a jog közvetítő természetét állapítja meg. Itt azonban érdemesnek tűnik némileg elidőzni, mert ebből Habermas egész társadalomelméleti koncepciójára nézve érdekes következtetéseket vonhatunk le. Az 1981-es társadalomelméleti szintéziséhez képest újdonságot jelent Habermas új disztinkciója a "tudás-rendszerek" és a "cselekvési rendszerek" között, amit máshol - régebbi terminológiával - a kultúra és a társadalom elkülönülő szintjeinek is nevez. A morál és a jog különbsége úgy is megragadható - mondja -, hogy míg a morál a kulturális tudás szintjén szerveződik, addig a jog mind ezen, mind a cselekvési rendszerek szintjén megjelenik. "A jog mindkettő egyszerre: tudásrendszer és cselekvésrendszer. Éppúgy megragadható normatételek és interpretációk szövegeként, mint intézményként, azaz cselekvésirányítóként... Mivel a jog ily módon a társadalom és a kultúra szintjén egyidejűleg rögzítve van, képes az elsődlegesen tudásként létező észmorál (Vernunft-moral) gyengéit kiegyenlíteni." (Habermas 1992:146). Habermas már az 1981-es társadalomelméleti szintézisében is sok szempontból Talcott Parsons elméletére nyúlt vissza, és a Parsons által elválasztottan kezelt kultúra és társadalom kettősét vette alapul. Itt tulajdonképpen e régebbi disztinkció tartalmi felhasználásáról van szó, de ezzel Habermas még tovább távolodott a poszt-parsonsiánus "tudásszociológiai fordulattól", ami az 1981-es kötetében még nem volt ilyen explicit. Amerikában ugyanis a 60-as évek elejétől a szociológiai elméleti gondolkodás egyik nagy tette volt a társadalmi képződmények folyamatos kulturális formáltságának és mindenkor újra-formálási mechanizmusainak felfedezése: minden társadalmi képződmény kulturálisan formált, korábbi elméletek, értelmezések által konstruált és a későbbi társadalmi cselekvések szituációnként részben újra értelmezik, formálják ezeket. (Lásd Garfinkel, Cicourel írásait: 1984, ill. Berger/Luckmann 1966). Niklas Luhmann ezt radikalizálta, amikor a makrotársadalmi szférák határmegvonásainál és belső strukturális felépítésükben is a korábbi elméletek általi formáltságot elemezte (Luhmann 1980). Habermas ezzel a megoldásával még nagyobb távolságba került a társadalom tudásszociológiai elemzéseitől, vagy ha kritikusabban akarunk fogalmazni, akkor a tudásszociológiai fordulat előtti korszakra visszaesését állapíthatjuk meg. Persze az itt jelzett megoldásnak ez az átfogóbb társadalomelméleti alapja csak néhány odavetett mondatban jelenik meg, és végleges ítéletet csak akkor lehetne mondani erre, ha Habermas ezt a problémát is expliciten tárgyalná. Mindenesetre Habermas eddig is megfigyelhető idegenkedése a tudásszociológiai nézőponttól itt újabb oldalról mutatkozott meg.

## 2.2. Az emberi jogok és a demokrácia feszültségei.

Aki ismeri az elmúlt évszázad amerikai és az utóbbi évtizedek nyugat-európai alkotmánytörténetét, az tudja, hogy az alkotmánybíráskodásban az emberi jogok - vagy alkotmányba vételük után már: alkotmányos alapjogok - és a törvényhozás szabadsága között egy minduntalan megfigyelhető feszültség létezik. A feszültség lényege a következőképpen fogalmazható meg: a társadalmi szabályozások kialakítását a folyamatosan futó parlamenti törvényalkotáshoz és az empirikus társadalmi akaratképződésből kinövő pártküzdelmekhez kell-e kötni (s ha igen milyen fokban), vagy ezzel szemben inkább az absztrakt alapjogok dedukcióiból jöjjenek létre ezek?! Ha az előbbit pártfogoljuk, akkor a parlamenti törvényhozás belső harcaira és a választók többségének véleményéhez kötött politikusokra bízuk a jogszabályok szuverén megállapítását, ha az utóbbit, akkor a morálfilozófiai argumentációkat, az alapjogi alkotmánybíráskodást és azokat a mögöttük álló értelmiségi rétegeket tesszük privilegizált helyre, akik e szellemi termékek létrejötténél dominálnak. Oliver Wendell Holmes, aki az 1900-as évek elejétől 30 évig az amerikai Supreme Court bírása, majd főbírása volt, és inkább radikális demokratának, mint a morálfilozófiai meghatározás hívének számított, így érvelt egy ítéletében, egy alkoholúsítást megtiltó törvény alkotmánybírási felülvizsgálatáról szóló a konkrét ügyben: "Én távolról sem azt akarom állítani, hogy ezt a törvényt egy átgondolt rendelkezésnek tartom. Ez nem az én feladatom. Azonban, ha New York állam népe az általa választott képviselők száján keresztül értésre adta, hogy ezt a törvényt kívánja, akkor én nem látok semmi olyat az Egyesült Államok alkotmányában, amely megakadályozná ennek az akaratnak a kinyilvánítását." (Idézi: Fikentscher 1975, Band II.: 180).

Habermas ezt a problémát már Rousseau és Kant politikai filozófiájában felfedezi: "Kantnál éppúgy, mint Rousseau-nál a morálisan megalapozott emberi jogok és a népszuverenitás elve között egy be nem vallott konkurencia viszony áll fenn (Habermas 1992:123). Ám Kant - megfelelően annak, hogy a jogot a morál alá rendeli - inkább hajlik a törvényhozás korlátozására, míg Rousseau a nép szabad törvényhozása elé kevésbé állítja korlátként az emberi jogokat. "Mivel a nép szuverén akarata kizárólag csak az absztrakt és általános törvények nyelvén tud megszólalni, Rousseau számára magától értetődően az ilyen jog azokon az egyenlő alanyi szabadságjogokon nyugszik, amelyek Kantnál, mint a morálisan megalapozott emberi jogok a politikai akaratképzés előtt állnak korlátként". (Habermas 1992:131). A két lehetséges álláspont feszültsége egyáltalán nemcsak teoretikus szinten jelenik meg, láttuk Holmes főbírónál az egyik irányba történő elmozdulást. Habermas maga is utal arra, hogy az amerikai alkotmánybíráskodás elmúlt évszázados gyakorlatában egyfajta hullámozást lehet a két pólus között megfigyelni. "Azok a politikai tradíciók, amelyeket én, egyetértésben a ma az Egyesült Államokban folytatott vitával, némileg leegyszerűsítve "liberálisnak" és "republikánusnak" fogok nevezni, úgy ragadják meg az emberi jogokat, mint a morális önmeghatározás kifejeződését, míg a nép szuverenitását, mint az etikai önmegvalósítás megjelenését. E szerint az emberi jogok és a népszuverenitás inkább a konkurencia viszonyában vannak, mintsem kölcsönös kiegészítést jelentenek .... A liberálisok a "többség zsarnokságának" veszélyét idézik fel, és ezzel szemben az emberi jogok elsőbbségét posztulálják, amelyek az egyes egyén politika előtti szabadságát biztosítják, és határt húznak a politikai törvényhozás előtt. A republikánus humanizmus képviselői ezzel szemben az állampolgári önszerveződés nem instrumentalizálható önértékét hangsúlyozzák úgy, hogy egy magától értetődően politikai közösségben az emberi jogok csak mint a saját és tudatosan elsajátított tradíciók részei nyernek kötelező erőt. (Habermas 1992:129-130).

Habermas erőfeszítéseket tesz, hogy feloldva az emberi jogok és a törvényhozás szabadsága közötti feszültséget, *mint összetartozókat* alapozza meg ezeket. Megítélésünk szerint azonban ez csak nominálisan sikerül számára a diskurzus-elvre alapozva, mivel ténylegesen így a - felfokozott garanciákkal ellátott - demokrácia javára oldja fel a dilemmát, és elutasítja az emberi jogok túlzottan széles törvényhozás fölötti kontrollját, ahogy azt az előbb más argumentációval már Holmesnál láthattuk: "A polgárok ön-törvényhozásának eszméjét nem szabad tehát az egyes személy *morális* öntörvényhozására visszavezetni. Az autonómiát általánosabban és neutrálisabban kell megfogalmazni. Ezért vezetem be a diskurzus-elvet, amely kiindulópontban a morál és a jog különbségével szemben még közömbösen viselkedik. A diskurzus-elvnek csak a jogi intézményesítés útján kell a demokrácia-elv alakját felvennie, amely a maga részéről a jogalkotás folyamatának legitimáló erőt kölcsönöz. A döntő gondolat az, hogy a demokrácia-elv a diskurzus-elv és a jogi forma összekapcsolódásának köszönheti létét." (Habermas 1992:154). Egy radikális demokrácia biztosítása esetén, tehát Habermas a joganyagnak a törvényhozási vagy inkább az alapjogokból dedukálás által történő meghatározását illetően a törvényhozási út

felé hajlik, és semmiképpen nem lehet egy elitista "alapjogi aktivizmus" pozícióját alátámasztani jogkonceptiójából. Ez a beállítottsága még inkább kiugrik az alapjogok csoportosításának elemzéséből.

### 2.3. Az alapjogok katalógusa - Habermas republikánus hitvallása

Már a kiindulópontban hangoztatni kell, hogy bár Habermas a legitim - azaz: elismerésreméltó - jogrendet az általános morális-etikai mércék megvalósítására építi, de abból indul ki, hogy a jog és a morál a végső egység ellenére is elkülönülten működik. Ezt az elkülönítést az alapjogok esetén sem adja fel, és - sokszor szemben működő alkotmánybíróságok gyakorlatával - az alkotmányos alapjogokat sem a "jog tetejére ültetett" morális elveknek tekinti, hanem a jog többi részével megegyező természetű jogokként kezeli azokat.

Öt alapjogi csoportot különít el, amelyek magából a jog eszméjéből következnek, és ezeket Habermas - jogkonceptiójának megfelelő - hierarchiába állítja. A központi alapjog-csoport, amely a jog eszméjéből közvetlenül származik, az *általános és egyenlő szabadsághoz való jogból* ered: "Az alapvető alanyi szabadságjogok a lehetőség szerinti legnagyobb mértékben mindenkit megilletnek. Csak azok a szabályok legitímek, amelyek az egyes egyén jogainak mások ugyanilyen jogaival való összeegyeztethetőségének feltételeivel megegyeznek. (Habermas 1992:157). A klasszikus liberális szabadságjogok, mint pl. a hivatásválasztás szabadsága, a lakás sérthetetlenségéhez való jog etc. már mind e jog konkrét formáit jelentik - írja később (159 p.). A további alapjog-csoportok már csak e központi alapjog-csoport garanciáit és körbe bástyázását jelentik, de Habermas jogkonceptiójára ezekből érdekes következtetéseket tudunk levonni. A második alapjog-csoportot Habermas abból eredezteti, hogy - szemben a morál normáival - a jog és az alapjogok nem általában állnak az individuumnak rendelkezésére, hanem csak egy konkrét jogközösség tagjaiként. "A jogi szabályok nem általában véve szabályozzák a lehetséges interakciókat a beszéd- és cselekvőképes individuumok között - mint azt a morál szabályai teszik - hanem mint egy konkrét társadalom interakciós összefüggéseit." (Habermas 1992:157). Ennek megvalósulása az "állampolgársághoz való jog". A kettőt összekapcsolva mondhatjuk, hogy *így az alapjogok állampolgársági jogon járnak* Habermas elméletéből megalapozhatóan. A realitás azonban ennél tágabb képet mutat, és egy sor alapjog az állampolgárokon túl minden embert megillet, aki az adott országban tartózkodik. Vagy - mint Németországban és Spanyolországban - olyan fogalmazású alapjogok is benne vannak az alkotmányban, amelyek a tényleges állampolgárok körén túl "a németeket", ill. "a spanyolokat" illeti meg. A harmadik alapjog-csoport a jogközösség tagjai számára nyitva álló "igazságszolgáltatáshoz való jog" körül szerveződik. "A jogi kód jogi intézményesítése végül megköveteli az igazságszolgáltatási utak garanciáját, amelyen keresztül minden személy, aki jogaiban sértve érzi magát, igényeit érvényesíteni tudja." (Habermas 1992:158).

E három alapjog-csoport a jog eszméjének immanens része, azonban az egyes alapjogok *konkrét* mértékeit és kialakítását nem lehet magából a jog eszméjéből venni - mondja Habermas - hanem: "Ezek igényelnek még egy politikai jogalkotót, aki a mindenkorai körülmények szerint interpretálja és kialakítja ezeket" (Habermas 1992:157) Erre szolgál a negyedik alapjog-csoport, *amely az állampolgárok politikai akaratképzésben részvételét biztosítja*. "A polgárok maguk azok, akik megfelelők arra, hogy az alkotmányozó szerepében döntsenek, miként kell azokat az alapjogokat kialakítani, amelyek a diskurzus-elvnek a demokrácia jogi alakját adják" (101 p.). Némileg később még egyszer leszögezi, hogy "A jogoknak ez a rendszere nincs természetjogi korlátként az alkotmányozó elé állítva. Csak egy meghatározott alkotmányozási interpretációban jutnak e jogok el egyáltalán a tudatosítási szintre." (163 p.).

E mondatok alapján visszamenőlegesen tovább pontosíthatjuk Habermas jogkonceptiójának kontúrjait, és az előbbieken elemzett emberi jogok és demokrácia feszültségében elfoglalt álláspontját. Mint a jogkonceptiója elemzésekor látható volt, Habermas - leértékelve a jog öntörvényűségét biztosító jogdogmatika és a bírói kazuisztika szerepét - a jogot erősen a politikához és a morális-közösségi szférához köti. E két irányú kötés azonban feszültséget jelent, és a *demokrácia preferálása inkább a politikához*, a morális megalapozású *alapjogok előnyben részesítése inkább a közösségi szférához* vinné el a jog súlypontját. Itteni állásfoglalása után már látható, hogy Habermas ebben az alternatívában - és Rousseau, ill. Kant eltérő akcentusaiban - a demokrácia és Rousseau javára dönt. A működő alkotmánybírósági gyakorlatokat tekintve, amely különösen a német és a magyar esetében, sokszor erős morális aktivizmust mutat, Habermas jogelmélete ezek kritikájaként fogható fel. Pl. a német alkotmánybíróság úgy formálta ki az "általános cselekvési szabadságjogot" saját praxisában - túl az

alkotmány rendelkezésein - mint "anyagjogot", amely lehetővé teszi e bíróság számára további alapjogok kiolvasztását, és ezek alapján a parlamenti törvények megsemmisítését. Ugyanezt az aktivizmust átvette a magyar alkotmánybíróság is.

Végül az ötödik alapjogi-csoport a *gazdasági-szociális jogokat* jelenti, amelyek a fenti jogok gyakorlásához megfelelő életfeltételek biztosításaként kapnak megalapozást. Ezt Habermas maga is a leginkább származékos jogcsoportnak nevezi, és részletesen nem is tárgyalja alapjogi katalógusában. Így mi is eltekintünk ettől.

## 2.4. A kommunikatív hatalom

Habermas általános társadalomszerkezeti képében jelent újítást a "kommunikatív hatalom" fogalmának behozása az 1992-es kötet lapjain E fogalom behozásával megváltozik a politikai állam, a politika és a közigazgatás helyi értéke Habermas korábbi elemzéseire képest (lásd ehhez különösen Habermas 1971:290-329.).

Habermas az elmúlt évtizedekben mindvégig a "politikai állam és a polgári társadalom" kettős kategóriáit alapul véve tárgyalta a politikai szféra jelenségeit. Az egységes politikai állam-fogalmat azonban már egyáltalán nem volt magától értetődő használni a XX. század nyugati demokráciái esetében, mivel a politikai pártok, az érdekegyesületek és a politikai sajtó szférájának intézményes kibomlásával az államon túl egyrészt politikai erőter szerveződött, másrészt a kitáguló közigazgatási apparátus és tevékenysége elválasztódott a direkt politikai befolyás alól. Ezt a jelenséget már Max Weber jelezte az 1900-as évek elején: "A szakképzett hivatalnoksereg uralomra jutásával egyidejűleg fejlődött ki - bár sokkal kevésbé érzékelhető átmenetekkel - az "irányító-politikus" alakja... a közhivatalnokoknak két, ha nem is szervesen, de mindenképpen láthatóan különálló kategóriára kellett válniuk, egyfelől szakhivatalnokokra, másfelől "politikai hivatalnokokra". A szó tulajdonképpen értelmében vett "politikai" hivatalnokok külsőleg általában arról ismerhetők fel, hogy bármikor, tetszés szerint áthelyezhetők vagy elbocsáthatók vagy "rendelkezési állományba" helyezhetők." (Weber 1970:396-399). Pontosabban megfogalmazva és rendszerméleti nyelven kifejezve ezt a weberi meglátást *a politikai állam politikai erőterrel való kitágulását és ezzel együtt a par excellence politikai alrendszer és a közigazgatási-jogi alrendszer kettébontását lehet a XX. század demokráciáiban megállapítani*. Habermas hegelimarxi ihletésű és a XIX. századot idéző politikai állam fogalma mindig is problémát jelentett politikai elemzéseiben (l. ennek kritikájához: Pokol 1984-85.) A "kommunikatív hatalom" fogalmának megjelenése és a politika elkülönítése a közigazgatástól bizonyos fokig orvosolja ezt a problémát, de látható az is, hogy Habermas eltérő határokat von meg itt e szférák számára, mint amely a weberi politika/közigazgatás elkülönítés nyomán megadható. Ez utóbbinál a közigazgatás esetében a hatalom elvesztését lehet kiemelni, amely a politika által alkotott programoknak (törvények, rendeletek) történő alávetés miatt jön létre, de a konkrét erőszak-alkalmazást a jogilag szabályozott közigazgatás hajtja végre. A politika ezzel szemben elszakad az erőszak közvetlen alkalmazásának lehetőségétől, és csak azokat a programokat alkotja meg, amelyek nyomán a közigazgatás belenyúl a társadalom egyes szféráiba, és ez a szféra az, amely szükség esetén erőszakot is alkalmazhat. A politikai hatalom elválasztása az erőszak alkalmazásától, és a közigazgatás erőszak-alkalmazási monopóliuma így a weberi gondolatmenetből evidens módon származik.

Habermas tehát kivehette volna azt a kettébontást Weber elemzéseiből is, ám akkoriban számára kiindulópontként szolgáló egységes "politikai állam" fogalom megakadályozta ebben. Később Hannah Arendt hatalom/erőszak fogalmi disztinkciójával jutott el ugyanide: "A kommunikatív hatalom fogalmával csak a politikai hatalom keletkezését és nem a már konstituálódott hatalom adminisztratív alkalmazását, vagyis a hatalom alkalmazásának folyamatát ragadjuk meg" (Habermas 1992:186). Nem lehet azonban a weberi politika/közigazgatás kettébontás helyére tenni a kommunikatív hatalom/közigazgatás disztinkciót, mert a közigazgatásnak programot adó kommunikatív hatalmat Habermas döntően nem a politikai pártokra alapozza, hanem a társadalom mindennapi diskurzusaihoz közelebb levő "civiltársadalom" szférájára, amely a különböző egyesületek, társaságok, között tevékenységét jelenti (Habermas 1992:435-468.) Ennek a súlyponteltolásnak az eredményeként *a politika nem a professzionális politikusok rétegeinek tevékenységeként jelenik meg, amely periodikus választásokon és a közvetlen demokrácia formáin keresztül alkalmanként a társadalom egészének választásain és szavazatain mérődik le, hanem a folyamatos politizálásban résztvevő aktív állampolgárok tevékenységeként*. A jog alkotását ebben a tematizálásban a kommunikatív hatalom határozza meg, úgy ahogy a weberi politika/közigazgatás disztinkciót elfogadó elmélet számára is adódik, csak itt a pártok alatti szinten



tevékenykedő "civiltársadalmi" formák jelennek meg jogalkotó erőként: "Ezért azt javaslom, hogy a jogot mint azt a közvetítő médiumot kell megfogalmazni, amelyen keresztül a kommunikatív hatalom az adminisztratívba átültetődik" (Habermas 1992:187).

Számunkra itt Habermas "kommunikatív hatalom" - kategóriája csak jogelmélete teljesebb megértése szempontjából fontos, ezért politikaelméleti leágazásaiba itt nem kívánunk belebocsátkozni. Azonban egy rövid megjegyzésben érinteni lehet e tematizálásnak a közép-kelet európai realitással való találkozás után felbukkanó lehetséges következményeit. A kommunikatív hatalom és az ehhez csatolt "civiltársadalom" fogalmakban ugyanis egy párt- és parlamentarizmus-kritika rejtőzik, amely a XIX. végén és a XX. század első évtizedeiben már többször fellobbant, és a közvetlen demokrácia szerepét igyekezett növelni a pártokon nyugvó képviselői demokráciával szemben. Habermas ugyan nem utasítja el a pártok létjogosultságát, de a politizálás súlypontját a folyamatosan politizáló polgárokra és a pártokon túli politikai diskurzusra kívánja áttolni. Ez mint normatív követelmény a pártok és a parlamentarizmus szélesebb bázisú véleményalkotási folyamatokra történő alapozása elfogadható és helyeselhető. A realitásban azonban a pártokon túli politikai véleményalkotás elsősorban a társadalom politikailag aktív és leginkább értelmiségi rétegeire korlátozódik, és a tömegmédiumok műhelyeiben szerveződik. Közép-Kelet-Európa országaiban, ahol a szellemi és kulturális infrastruktúra hagyományosan a fővárosokban koncentrálódik, és a pluralista politikai rendszerre áttérés után lehetővé vált nyílt politizálásban döntő mértékben csak az értelmiségi körök vesznek részt. Tehát itt a súlyponteltolás a pártokról a "bázis" felé - a bázis nagyon szűk jellege miatt - egyáltalán nem teszi valószínűvé, hogy a Habermas szeme előtt lebegő egyenlő állampolgárok széles tömegéhez kerül a politika meghatározása. Kicsit kihegyezve azt lehet mondani, hogy a "pártokráciától" a "mediokráciához" kerül át így a súlypont. A realitásban a kommunikatív hatalom formálása a tömegmédiumok kezében van bizonyos fókig még a fejlettebb nyugati társadalmakban is, de Közép-Kelet-Európa országaiban és Magyarországon különösen ez a helyzet. Kritikaként el lehet mondani Habermas "kommunikatív hatalom"-elemzéseivel szemben, hogy míg a pártok esetében a kétségkívül meglevő problémákat - belső akaratképzésük demokratikusságának alacsony fokát, "államosított" jellegüket etc. - jelzi, addig a tömegmédia problémáit és a "mediokrácia" jelenségét nem hozza be elemzésébe, és így kimondatlanul az ideálisan eltervezett kommunikatív hatalom kerül a valóságos struktúrák helyére. Magyarországon ez sokszor néhány száz politizáló értelmiségit és a tömegmédia maroknyi vezérszerkesztőjét, riporterét és újságíróját jelenti, amelyek politikaformáló ereje pedig sokmillió állampolgár szavazatával felér. Ezek "kommunikatív hatalma" még mindig távolabb esik a Habermas szeme előtt lebegő ideális demokráciától, mint a választópolgárok milliói előtt megméretkező politikai pártok által nyújtott demokrácia. Közép-Kelet-Európában nem tekinthetünk el ettől.

## 2.5. Alkotmánybíráskodás, jog és politika

Elemzésünk első részeiben jeleztük, hogy Habermas jogkonceptiója a jogot a morális - közösségi szféra, ill. a politikai szféra felé eltolva fogalmazza meg, és a jog sajátlagos értelmi összefüggéseit biztosító jogdogmatika alárendelt szerepbe kerül nála. Az alapjogi katalógus-táblázata elemzésekor az is kiderült, hogy a jogkonceptiója által preferált két szféra között is konkurencia létezik - más oldalról ezt jelzi a parlamenti törvényhozás és az emberi jogok ezt korlátozó jellegének feszültsége is - és Habermas radikális demokrata módon inkább a politikának szolgáltatja ki a jog meghatározását és csak másodsorban a közvetlen morális-etikai mércéknek. Az alkotmánybíráskodásra és ezen belül az alapjogi alkotmánybíráskodásra vonatkozó elemzései fényében teljesebben bukkan elő álláspontja.

Talán leginkább megvilágító erejű és új összefüggéseket feltáró ez a rész Habermas jogelméletében, és ezt feltehetően annak a feszültségének köszönheti, ami olvasmányanyaga és átfogó jogkonceptiója között fennáll. Habermas jogirodalom-feldolgozása ugyanis nagymértékben szelektált, és jellemző rá, hogy alapvetően az amerikai jogfilozófiai és alkotmányjogi irodalmat ismeri, ill. a német jogirodalomból azokat a részeket, amelyek az elmúlt 30 évben az amerikai jogfilozófiai hatások révén formálódott. Így központi szerzőknek kell tekinteni elemzéseiben az amerikai John Rawls és Ronald Dworkint, ill. az ezt a vonalat a németeknél nagy hatással továbbvivő Robert Alexyt és Ralf Dreier. Ez a jogelméleti iskola az alapjogi alkotmánybíráskodást illetően az aktivista stílus megalapozója, és pl. az utóbbi években mint "konstitucionalisták" különböztetik meg magukat Németországban a hagyományos jogdogmatikát és a törvények szabályait középpontba emelő "legalistáktól" (lásd Dreier 1988). Habermas jogirodalom-feldolgozása azt mutatja, hogy egész jogelméleti iskolák estek ki

nézőpontjából, amelyek pedig az elmúlt évtizedek domináló iskoláinak számítanak Németországban és jogászok generációi ezek alapján sajátították el a jogi egyetemen a jogot. A "legalisták" tagadják a széles alapjogi bíráskodás létjogosultságát, és a jog felbomlasztását látják létrejönni ennek révén. Ezzel szemben a "konstitucionalisták" a jog súlypontját feltolják az alapjogokhoz, és az egyedi jogi ügyekig bezárólag lehetőknek látják ezekből dedukálni a mindenkor jogi döntéseket. Habermast olvasmányanyaga predesztinálja a "konstitucionalista" álláspont elfogadására. Pl. ennek az olvasmányanyagnak - ezen belül Dworkin jogi elemzéseinek - a számlájára írható, hogy Habermas nagyfokú *kognitív határozatlanságot* lát a jogszabályok szintjén, amit az egyes esetekben a bírónak el kell tüntetni - konkretizálás útján kitöltve a hiányos normatív kereteket (Habermas 1992:298). Egy jogdogmatikai réteget komolyan vevő jogtudós ezzel szemben tudja, hogy a *laikusnak* határozatlannak tűnő rendelkezéseket - a szabályok mögött levő jogdogmatikai kategóriarendszer fényében - rutin lépések sorozatában meghatározott irányokba kell a bírónak értelmezniük, és ha ezt nem teszik, a fellebbviteli bíróság korrekciója pótolja azt. Habermas elfogadja Dworkin nyomán a kognitív határozatlanság tételét, ám radikális demokrata beállítottsága nem engedi meg, hogy az ő megoldását követve, az alapjogi alkotmánybíráskodást tolja teljes mértéken e probléma megoldójának szerepkörébe. Tehát míg szelektált jogirodalmi olvasmányanyaga az aktivizmust megalapozó jogelméleti irodalom kérdésfeltevéseihez köti, addig említett demokrata álláspontja nem engedi az aktivizmus elfogadását számára - ahogy az a "legalisták" is teszik az aktivizmust elutasítva. Az olvasmányanyaga és álláspontja közötti feszültség azonban - megítélésünk szerint - termékenyen bizonyult az aktivizmust elutasító érvek kifejtése terén, másrészt ez az elutasítás "mélyebb belebocsátkozás" és előzetes végiggondolás után történik meg nála, szemben azzal, ami a sokszor ezt megtakarító és az aktivizmust ab ovo elutasító legalisták jó néhány írásában tapasztalható. Jelezni kell persze, hogy ez a hezitálás bizonyos fokig a végső álláspontját illetően is kettősségeket hoz létre, és egyes ide vonatkozó elemzéseiben következetlenségek is kimutathatók.

Radikális demokrata beállítottsága bukkan elő, amikor magának az alkotmánybíráskodásnak a legitimitását megkérdőjelező érveket elemez. Hogy egyeztethető össze a népszuverenitás és a hatalommegosztás eszméjével az, hogy a parlament törvényeit utólagosan egy nem választásokon alapuló szerv bírálja felül? Pozitív hangsúllyal tárgyalja, hogy ezeknek az elveknek jobban megfelelné, ha a parlament maga alakítana ki saját soraiból egy bíróságszerű szervet, amely elvégezné ezt. "Ezért egyáltalán nem rossz úton jár az a gondolat, hogy ezt a funkciót a törvénykező önkormányzatát biztosító másodfokú szerv számára kellene fenntartani." (Habermas 1992:296; ill. később más formában ugyanezt ismétli meg a 309. oldalon). Nem kerüli el Habermas figyelmét az sem, hogy az európai alkotmánybíráskodások bölcsőjénél tevékenykedő Hans Kelsen sem tudta megalapozni az alkotmánybíráskodást elvetni igyekvő Carl Schmitt-tel szemben az alkotmánybíráskodás *tartalmi* törvényfelülvizsgálatát, hanem csak a törvény-*létrehozás* alkotmányosságának kontrollját tudta igazolni (Habermas 1992:297).

Ezekből az elemzésekből egy szűk területre visszaszorított alkotmánybíráskodási modell képe bukkan elő, és mint látni fogjuk, bizonyos oldalról ezt is lehet Habermas "hivatalos" álláspontjának tekinteni e tárgyat illetően. Amikor azonban szembekerül az európai értelemben vett liberalizmus álláspontjával - Habermas jelzi, hogy az amerikai "liberalizmus" doktrínája európai terminusokkal a szociáldemokráciának felel meg -, amely szűk körre akarja visszametszeni az alapjogi alkotmánybíráskodást, akkor ez ellen fellép: "Akárhogy is ítéljük meg a hatalommegosztás *megfelelő intézményesítésének* kérdését, egy visszatérés a liberális államfelfogáshoz, amely szerint az alapjogok csak alanyi szabadságjogok az állami hatalommal szemben, és nem jelentenek egyben kötelező alapnormákat a jog összes területe irányában, nem szükséges és nem is lehetséges." (Habermas 1992:319).

Ha a hagyományos "konstitucionalisták kontra legalisták" tábormegoszlását nézzük, akkor Habermasnak ezek az érvei az aktivisták és a konstitucionalisták táborát segítik. Tényleges álláspontja azonban nem e táborba tartozik. Egy proceduralista alkotmánybíráskodás modellje mellett teszi le a voksot, amely ugyan nem engedi meg a törvények tartalmi felülvizsgálatát az alkotmánybíráskodás számára, ám a törvénylétrehozás folyamatában az érintettek tényleges részvételét vizsgálnia kell, és amennyiben itt az állampolgárok és politikai szervezetek részvételi jogai nem jelentek meg, akkor jogosult az alkotmánybíráskodás a törvény alkotmányellenességének kimondására. "Egy ilyen procedurális alkotmányértelmezés az alkotmánybíráskodás legitimitásproblémájának megoldásában egy demokráciaelméleti fordulatot ad" (Habermas 1992:321). Ezzel Habermas csak azt ismétli meg, amit az alapjogi katalógus-táblázatánál már lefektetett: a jog eszméjéből származó alapjog-csoportok konkrét mértékeinek kialakítására a parlament és az állampolgárok empirikus politikai akaratképzési formái

jogosultak, nem pedig egy természetjogi eszmerendszerből lehet ezt dedukálnia egy alkotmánybíróságnak.

Röviden tehát úgy foglалható össze Habermas alapjogi alkotmánybíráskodás-koncepciója mint egy sajátos fajta aktivizmus propagálása, amelynek csak a parlamenti törvényhozás *tényleges* demokratikusságának biztosítása céljából lehet létjogosultsága, ám a parlamentet háttérbe szorító aktivizmust elítéli.

## **VIII. fejezet**

### **Az amerikai jogelmélet**

#### **1. Az amerikai jogelmélet fejlődési szakaszai**

Az amerikai jogelmélet az 1870-es években indult fejlődésnek a jogászképzés egyetemi képzéssé tételével, és az elmúlt majd másfél évszázad fejlődése eredményeként a kezdeti angol, majd kontinentális európai - főként német és francia - elméleti import után egyre inkább exportálóként is fellép ezen a területen. Az egyetemi jogi karok óriási tömege és ezek egymással való versengése az elméleti paradigmák sokaságát tudja kitermelni, és újabban ezek az elméletek már a modern jogrendszerekkel rendelkező országokban általában is követőkre vagy legalábbis folyamatos vitatásra találnak.

Építve a VI. fejezetben a jogelmélet történetéről adott elemzésre, vázlatos összefoglalásban a következő kép adható az amerikai jogelmélet elmúlt másfél évszázados fejlődéséről és a mai irányzatokról (lásd Grey 1996; Duxbury 1993; Ansaldi 1996; Hunt 1986; Tushnet 1991; magyar nyelven: Szabadfalvi 1996). Kiindulópont Langdell, aki 1870-ben nem egyszerűen az esetjogi szemléletmódra építette át az amerikai jogi oktatást, hanem az egyetemi végzettségre alapozta ezt, és magának az egyetemre épülő jogi oktatásnak a rendszerét ő alakította ki a Harvardon, melyet rövidesen követtek az Egyesült Államok minden egyetemén. Tehát a jog egyetemi tárggyá tétele Langdell elévülhetetlen érdeme. Ennek messze mutató következménye, hogy ezzel a joggal való foglalkozást is bevitte az egyetemre, és a neutrális - a közvetlen moralizálástól és politikai szempontoktól elkülönített - jogi tudományos gondolkodásnak a lehetőségét teremtette meg. Kiemelhető még, hogy mindezt Langdell abban a társadalomban vitte végbe, amelyet a történelem leginkább jog által áthatott és bíróság-központú társadalmának lehet tekinteni, így a megteremtett jogtudományi lehetőség jó talajra hullott, hisz tárgya középponti jelentőségű ebben a társadalomban.

Az amerikai jogelmélet történetével foglalkozók között ugyan nagy vita van erről, de a vázlatos bemutatás lehetővé teszi, hogy az 1870 és 1970 közötti száz évben négy jogelméleti iskolát különítsünk el: a *klasszikus jogelméletet* (1870 - 1895); a *progresszív jogelméletet* (1895 - 1925); a *jogi realizmus jogelméletét* (1935 - 1945); és a *processzualista jogelméletet* (1945 - 1970). Az 1970-es évek óta a korábbi iskolák felbomlása és új hadrendbe állásuk alakított ki jogelméleti irányzatokat, és különösen a *morálfilozófiai jogelmélet*, a *jog gazdasági elmélete* és a *kritikai jogi tanulmányok irányzata* vált meghatározóvá az egyetemi jogászság és a joggyakorlat orientálásában. A legutóbbi években ismét felbukkant a hatásos jogelméletek között a törvények és a precedensek szövegéhez és a valamikori jogalkotó eredeti szándékához szigorúbban ragaszkodó irányzat, amely a *textualista vagy originalista jogelmélet* néven vált ismertté, de ez kevésbé az egyetemi jogászörökben, mint inkább a gyakorlati jogi élet pozícióit betöltő jogászok között hódít.

### 1.1. Az amerikai jogelmélet fejlődése 1870-1870 között

1. A *klasszikus jogelméletet* a langdelli jogtudománynak is szokták nevezni, mert noha sokszor lebecsülik Christopher Columbus Langdell elméleti teljesítményét az oktatásszervezői fontosságát elismerve, de néhány egyszerű jogi alapelv egy markáns jogi koncepciót mutat nála. A jognak *formálisnak, rendszeresnek és autonómnak* kell lennie - mondja, és e három axióma összefüggésben még pontosabban megadja jogfelfogását. A jog *formalitása* alatt azt érti, hogy a jog nem hagyhat mérlegelést a bírónak döntésében és a mérlegelés nélküli döntést kell biztosítani a bíró számára a jogszabályoknak. A *rendszeres* jelleg azt jelenti, hogy néhány alapkategóriából, alapelvből és alapszabályból kell a jog részletes szabályait is levezetni, illetve ezeknek tendenciaszerűen visszavezethetőnek kell lenniük néhány ilyen alapkategóriára, elvre. A jog *autonómiája* pedig abban áll, hogy a jog szabályainak nem szabad közvetlen morális szempontokra, politikai értékekre, célokra figyelemmel lenni. A félreértések elkerülése végett jelezni kell, hogy a jogban azért fontos hangsúlyozni a közvetlen morális értékelés külön tartását - mind a jog alkotásában, mind eseti alkalmazásában -, mert a tízparancsolat-szerű egyszerű morális igazságoktól eltekintve, melyekben mindenki egyetért, *rétegzett az egyes társadalmi rétegek, csoportok morális felfogása*, és eltérő hangsúlyt kap az egyes csoportokban az ütköző morális szempontok előnyben részesítése vagy éppen háttérbe tolása más morális szempontok kedvéért. Így ha nem szigeteljük el a közvetlen morális értékelést a jogtól, akkor a jog alkalmazásához közvetlenül hozzáférő társadalmi csoportok partikuláris morális értékmérői válnak össztársadalmi szinten meghatározóvá. Demokratikus politikai rendszerekben, ahol a törvényhozóknak néhány évenként a társadalom elé kell állniuk választásokon, és milliók szavazatával lecserélhetik őket, a társadalom morális tudatával szembenálló törvények alkotása eltávolításukhoz vezet. Ezzel - és a jog átfogó jogelvi és jogfogalmi rendszere révén, mely sok száz év morális értékeléseinek összefoglalásait is tartalmazza - a legátfogóbb morális szempontok folyamatosan jelen vannak a jogban, vagy filozófiai nyelven kifejezve ezt: megszüntetve-megőrizve vannak jelen a jogban. A jognak ez a szerkezete tiltja meg a közvetlen moralizálásra visszatérést a bírói döntésekben, mert ezzel az átfogó szintű morális értékelés helyett a jog felett rendelkező szűk bírói és más jogászcsoporthoz eseti morális értékelés lépne be. (A német Canaris ezt nevezi az eseti igazságosságot felülmúló és a jogdogmatikai rendben testet öltő átfogóbb igazságossági rendnek, lásd Canaris 1968).

A jog rendszeres jellegének és autonómiájának állandó hangsúlyozása és felerősítő jellege miatt a langdelli formalizmus a lehető legerősebb (Grey, 1996:496). Pl. ha egy megoldás egy jogi rendelkezés kialakításánál nyilvánvalóan praktikusabb lenne, és minden érdekelt fél számára is megfelelő lenne, nem lehet e szerint alakítani a vonatkozó szabályt, ha ezzel az alapvető kategoriális szinten következetlenség keletkezne. A rendszer egészének védelme megköveteli az ilyen megfontolások feláldozását.

E jogelméletnek a társadalom egészére vonatkozó felfogását az állam háttérbe szorított szerepének megtartása, a *laissez faire* piacpártiság, a szerződési szabadság és a magántulajdon sérthetlenségének mindenek felettisége jellemezte. Ugyanígy a társadalom tudatos alakíthatóságától való idegenkedés, mely a fennálló állapotok és a tradíciók óvását is jelentette implicite. Ezt a társadalomfilozófiát jól kifejezte az ún. Lochner-ügy, melyben 1905-ben döntött az USA Legfelsőbb Bírósága. Az ügyben New York állam törvényét támadták meg egy per végső szakaszában, amely a pékek munkaidejét napi tíz órában maximálta, megtiltva olyan munkaszerződések kötését, melyek hosszabb munkaidőt tartalmaznak. A legfőbb bírák többsége úgy találta, hogy ez a törvényi rendelkezés beleütközik a 14. alkotmánymódosításba, ami a tulajdon és a szerződés szabadságát mondja ki. Az állam nem avatkozhat bele a szerződéskötés szabadságába - mondták ki -, és ezzel alkotmányellenesnek minősítették a törvényt. A kisebbségben maradt bírák azt állították, hogy ez egy közgazdasági elmélet álláspontja, mellyel szemben más elmélet mást állít, de az amerikai alkotmány ezekben nem foglalt állást. Az állami beavatkozással való szembenállás és a minél szélesebb piaci szabályozásban való hit a langdelli jogtudomány korszakának közjogi aspektusát jelentette, és ez az alkotmány piacpárti értelmezését vonta maga után. A későbbiekben a Lochner-ügyben hozott döntést, *mint a konzervatív bírói aktivizmus csúcsát* bélyegezték meg, amely túlmenve az alkotmányból folyó rendelkezésen politikai álláspont szerint döntött.

Összefoglalva tehát, a klasszikus jogelmélet a *formalista-rendszeres jogban, a jogi fogalmak feszes rendszerében* bízott, a *törvényhozás szűk lehetőségeit* vallotta a társadalom irányításában, helyette a piac mindenhatóságát hirdette, és a *bírák törvényszöveghez és jogfogalmak rendszeréhez kötött alárendeltségét* deklarálta.

2. A *progresszív jogelmélet* fő alakja Oliver Wendel Holmes, követői Roscoe Pound és Benjamin Cardozo voltak, és ez az irányzat az 1900-as évek első negyedszázadában volt a legbefolyásosabb, de részben a New Deal folyamán bekövetkezett új korszakban is megtartotta befolyását. Társadalomelméleti irányát tekintve a pragmatizmus talaján álltak, e társadalomfilozófia jogi megfelelőjének lehet tekinteni képviselőit. Abban megegyezett a klasszikus jogelmélettel, hogy az absztrakt jogi fogalmakat fontosnak tartotta, noha már nem olyan merev végső lényegi kategóriáknak, hanem inkább lazább osztályozásoknak felfogva ezeket, de új vonásnak lehet tekinteni, hogy jobban a középpontba hozták a törvényhozó aktív szerepét és a jövő-alakítás érdekében a jog eszköz szerepét a társadalmi célok érdekében. *A jogászoknak mint a társadalom mérnökeinek a szemlélete adta meg jogfelfogásuk lényegét.* Ennek kedvéért a merev fogalmi rendszerből való dedukálást is elvetették, és a rövid távú társadalmi érdekek és impulzusok hatását hangsúlyozták. *Vagyis a klasszikusok rendszeres, bíróközpontú és múlt által kötött joga helyett az eseti társadalmi hatásokra nyitott, törvényhozást középpontba emelő és a jövő felé kinyitott jog képe lép itt elő:* "Úgy nézték a jogot, mint a jóléti állam céljainak elérésére szolgáló eszközt, melynek kulcskategóriái inkább a politikai célok, mintsem az absztrakt elvek, melynek fő intézménye inkább a törvényhozás mintsem a bíróság, és ezeknek inkább a szociális mérnökösködést kell szolgálniuk, mintsem egy fogalmi geometria felépítését" (Grey 1996:498).

Szakítottak tehát a jog autonóm, öncélú jellegével, és mint *a társadalmi célok eszközét szolgáltatták ki a társadalomalakító politikának.* Ezzel viszont a jog logikai egységét is háttérbe szorították, noha elvi szinten azért az absztrakt kategóriákra építést még nem kérdőjelezték meg, csak az ezek rendszerbe fűzésének hangsúlyozást vetették el, amely pedig a klasszikus jogelmélet központi tétele volt. Állandóan hangsúlyozták, hogy a bíróságoknak alkalmazkodniuk kell a törvényhozó céljaihoz, és nem szabad ellenállniuk a törvényhozó változtatásainak. Mindennek oka az is, hogy a felgyorsult változásokban már nem tartották elégségesnek a bírák esetről-esetre haladó analógiákkal és csak eseti áttekintéssel végzett jogfejlesztését. Ehhez már tág áttekintéssel rendelkező tudományos törvényhozási tervekre van szükség, és épp ezért nem szabad a bírának szemben állniuk ezekkel.

Grey jelzi, hogy ebben a korszakban a korábban uralkodó és apolitikus klasszikus jogelmélet pozíciói a tudatos társadalomkialakítással szembenálló politikai erők ideológiai repertoárjában politikai-ideológiai szerephez is jutottak. (Ennek kifejeződése volt az említett Lochner-ügyben hozott döntés 1905-ben.)

Szemben velük a "progresszív jogászok" ún. "Brandeis-Brief"-eket írtak a konkrét eseteket eldöntő bírának, a törvényhozóknak, példákat, összehasonlító külföldi megvalósulásokat hoztak fel bennük egy-egy szabály kiadására, vagy a bírakat egy meghatározott irányú döntés meghozására biztatva. Vagyis ez a jogszemlélet a politizáló-elkötelezett jogász típusának terjedését támogatta.

A progresszív jogelmélet egyik utóirányzatának lehet tekinteni az ún. policy jurisprudence, a *társadalompolitikai jogelmélet iskoláját*, amely a második világháborút követő években a politológus Harold Laswell és a jogtudós Myres McDougal nézeteiből nőtt ki a Yale egyetem jogi karából kiindulva. Ez a megközelítés az egész jogot a társadalomalkító politika eszközévé teszi, még inkább felfokozva a jog "társadalmi mérnökösködésének" gondolatát, mintegy az addigra végbement New Deal-politika joggyakorlatának utólagos elméleti alátámasztásaként. Ez az irányzat azonban a jogi karokon és a jogtudományos berkeken túl már nem hatott már a jogászságra, lévén, hogy számukra a processzuális jogelmélet vált meghatározóvá.

3. A *jogi realisták* elmélete a századforduló után domináló jogászréteget követő, egy generációval fiatalabb jogászok között indult - fő alakok: Llewellyn és Jerome Frank -, és továbbgörgetve a langdelli absztrakt-formalista jogászat feletti kritikát, a törvényhozással szemben érdeklődésük a bírói gyakorlat felé fordult. Igaz, hogy tekintélyromboló módon azt állították a középpontba, hogy mennyire másképp megy végbe a tényleges döntés, mint amivel a bírák lefedik a meghozott döntéseiket. Alapvetően a nem tudatos szokás-követés jellemzi a bírakat, még ha ezt felszíni érveléseikben leplezni próbálják is, és absztrakt jogelvekre hivatkoznak a kívüljáró felé - állították a realisták. Ugyanígy eltértek a progresszivistáktól abban, hogy ők már teljesen elvetették az absztrakt kategóriák használatát. Pl. a bűncselekményi kísérletre egy absztrakt és átfogó fogalmat elképzelhetetlennek tartottak, és csak az egyes bűncselekmények vonatkozásában látták külön-külön meghatározhatónak az egyes bűncselekmények speciális vonásai fényében, hogy melyek itt a kísérleti szakasz elemei. De általában véve minden absztraktabb megfogalmazást elvetettek. Számukra a törvényhozás tevékenysége idegen, és a lehető legkisebb szerepre szorított törvényhozást tartották csak elfogadhatónak a jogban. A bírói döntésben a nem-tudatos, irracionális meghatározók vizsgálatát emelték ki, mert igazán ezek alapján döntenek megítélésük szerint a bírák, még ha aztán le is fedik ezt látszat magyarázatokkal. Fontos vonás volt a realistáknál a jogtudomány társadalomtudományosítása. Míg a jogtudományban - épp a jogi fogalmak rendszere által megragadott és csak ezek által szelektált ténykezelés védelmében - általában idegenkednek a konkrét társadalmi tényfeldolgozó társadalomtudományoktól, addig a realisták igyekeztek szélesre tárni a szociológia és a többi társadalomtudományos meglátás előtt a bírói döntési folyamatot. Vagyis nemcsak a jogi fogalmi világgal álltak szemben, hanem az ettől eltérő szemléletű társadalomtudományos fogalmi apparátussal igyekeztek pótolni ezt. Közel kerülni az eseti társadalmi valósághoz jelentette így számukra egyrészt a jogfogalmi absztrakcióktól eltávolodást, de az eseti tények figyelésében a társadalomtudományi összefüggésekre való figyelmet is. *Mindkettő együttes hatása volt a jog rendszerszerű elkülönülésének feloldása a társadalmiságban.*

Érdekesen alakult politikai hatásuk, mivel éppen a New Deal idejére esett tevékenységük legaktívabb korszaka. A bírák ellenállásával harcoló New Deal apparátusnak jó érveket adtak könyveik a bírák tényleges döntései és álságos magyarázataik közötti eltérés nyilvánosság elé tárásával, ugyanakkor a realista jogelmélet hívei többségükben egyáltalán nem voltak a New Deal hívei.

4. A *processzualista jogelmélet* fő alakja Felix Frankfurter, akinek követőiből alakult ki ez az irányzat a világháború utáni években, és az 1960-as évek végéig dominált az Egyesült Államokban. Tulajdonképpen a progresszivisták folytatója ez az irányzat, és a rövid realista intermezzo után ezt az irányzatot emelték az amerikai jogi élet középpontjába, de új hangsúlyokkal. Ám eltértek tőlük abban, hogy a jogi eljárás fontosságát emelték mindenek felé, és az állami törvényhozás szabad társadalomalkítását már nem vallották olyan hévvel, mint a progresszívek.

A jogi eljárást illetően két dolgot is fontos hangsúlyozni náluk. Először is nemcsak hogy a jog középpontjába

tették a jogi eljárást, és hangsúlyozták ennek fontosságát a jog életében, de innen erősebben kiszorítani igyekeztek az államot is, és a bírói szabályalakításnak adtak nagyobb szerepet. Ám az anyagi jogi szabályokban az állami törvényhozás alakító szerepét elismerték. Másik teljesítményük volt, hogy az eljárásra koncentrálva kialakították az eljárásjogok absztrakt kategóriális kereteit és fogalmi rendszereit. Ahogy a klasszikus jogelmélet az anyagi jogok fogalmi rendszerét és kategóriáit hozta létre, úgy ők ezt az eljárásjogok területén tették meg. Túl azon, hogy jogfelfogásuk a jog egészén belül külön kiemelte az eljárás fontosságát.

Háttérbe szorulásukat az 1960-as években végül belső meghasonlásuk okozta, amelyet a liberális aktivizmust megvalósító Warren főbíró által vezetett szövetségi Legfelsőbb Bírósághoz való viszony vitái váltottak ki. A többség elítélte ezt az aktivizmust, amely az amerikai alkotmány újjáértelmezését hajtotta végre. Ennek révén az alapvető társadalmi változást maguk a legfőbb bírák hozták létre, nem bízva ezt a törvényhozásra, és a hátrányos helyzetűek felé az egész amerikai jogot átértelmezték. E liberális aktivizmust szimbolikusan is kifejező döntés az 1954-es Brown-ügyben született meg - ahogy a konzervatív aktivizmusnál a Lochner-ügy jelentette ugyanezt. E döntésükben a legfőbb bírák alkotmányellenesnek ítélték a színes bőrű társadalmi rétegekhez tartozó iskolás gyerekek fehéraktól elkülönített iskoláit, mert ez a bírák érvelése szerint a faji kisebbség felélesztését okozhatja náluk, és ez fejlődésük lemaradásához vezethet. Később kimutatták a döntés bírálói, hogy az ellenkező érv jobban megállja a helyét, és éppen az elkülönítés óvta volna meg a fejlődő gyerekeket a faji különbségek észlelésétől, és ezzel csak később szembesülve harmonikusabb szocializációt adott volna, ha megmarad az elkülönítés. De e döntés aktivistának minősítése amiatt jogos, mert az amerikai társadalom kialakult állapotait ilyen elemi erővel megváltoztató döntést nem lett volna szabad a bírácnak meghozni, és azt a törvényhozásra kellett volna bízni.

Frankfurter úgy látta, hogy az ilyenfajta döntés nem más, mint annak a konzervatív aktivizmusnak a tükörképe, amellyel szemben ők harcoltak a New Deal idején az 1930-as években, és ugyanazokat a bűnöket követik el a mostani liberális aktivisták a bírák direkt politizálásával és a jogállamiság megsértésével, mint amit ők vetettek a konzervatív aktivisták szemére. Ezt az irányt ugyan csak egy kisebbség támogatta a processzualisták között a 60-as években, és a többség Frankfurterrel értett egyet, de az ellentétek az irányzat széteséséhez vezettek.

## 1.2. Mai jogelméleti irányzatok

A fejlődés első évszázadában az amerikai jogelmélet lényegében reprodukálta az európai jogelméleti irányzatok fő témáit: fogalmi rendszer-e a jog, ahogy a klasszikus jogelmélet mondta (és a németeknél a Begriffsjurisprudenz) vagy az eseti körülményekhez közel kerülnie kell, ahogy a realisták állították (és az európai kontinens országaiban a szabadjogászok); a törvényhozás vagy inkább a bíróságok határozzák-e meg a jogot? - ahogy a progresszív jogelmélet és a realisták között felmerült. Ebben a korszakban csak két sajátos fejlemény mutatható ki az európai hatásokon túl. Egyrészt az állam jog útján való társadalomvezérlése úgy, ahogy az a jog társadalmi mérnökösködésének koncepciójában felmerült, befolyásos jogelmélet nem vallotta az európai országokban. Másik sajátos fejlemény az eljárás középponti szerepének hangsúlyozása a processzualistáknál, amely a common law belső sajátosságaiából is ered, és a kifejlődő amerikai jogelmélet ezt elméleti doktrínává tudta formálni.

Az 1970-es évektől kibontakozó három fő irányzat már alapvetően a belső jogelméleti vitákból jött létre, és nem szellemi importként kerültek be az amerikai jogi egyetemekre.

1. A *morálfilozófiai jogelmélet*, vagy más néven az alapjog-központú morálfilozófiai irányzat a '60-as évek polgárjogi mozgalma által inspirálva nőtt ki, illetve a szétesett processzualisták kisebbségben maradt radikálisai hozták létre: "A liberális jogelmélet hívei a New Deal korszak utáni óvatos és eljárásra alapozott bírói aktivizmusát elcsúsztatták egy agresszívebb és mélyebb szintű aktivizmus felé. A 'jog és morálfilozófiai mozgalom' a bírót olyan gyakorlati filozófusnak tekinti, akinek feladata az, hogy az alapjogokkal mint felül bírálati eszközökkel lépjen fel az egyszerű politikai rendszer törvényhozási testületében elért politikai

kompromisszumok és célok elbírálására" (Grey 1996:505).

A processzualistákhoz képest alapvető változás, hogy a pontos szabályok által irányított jogi eljárásról a figyelmet a morálfilozófiák absztrakt érvrendszerei felé tolták el. Eleinte a jogelvek szerepét hangsúlyozták, de ezeket inkább morális elvekként és nem a rendszerességet biztosító dogmatikai jogelvek értelmében felfogva, ahogy a klasszikusoknál volt megfigyelhető az 1800-as évek végén. A későbbiekben tisztábban az alkotmányos alapjogok és nem a jogelvek köré telepítették a jog súlypontját (lásd Dworkin 1977).

2. *A jog gazdasági elemzésének irányzata* a konzervatív és centrista jogász-közgazdász szakmai körökben terjedt el, akik a gazdaság és a társadalom túlszabályozását kifogásolták, állítva, hogy ez a szervezett érdekcsoportoknak kedvez, és a jogászok éppúgy, mint az adminisztráció főtisztviselői ebből származva szolgálják ki ezt a politikát. Ők a piac és a gazdaság szabadabb meghatározását akarják, és a jogot is e szerint kívánják átépíteni. Két belső irányzata is van ennek a megközelítésnek: "Az erősebben centrista jogász-közgazdászok inkább azokat a változtatási szükségleteket hangsúlyozzák a szabályozási praxisban, amelyek a hatékony piac jobb utánpótlását biztosítják a jogban, míg a konzervatívabb irányzat a jóléti állam előtti common law jogrendszer hatékonyságát emeli ki" (Grey 1996:506).

Richard Posner, a gazdasági jogelmélet egyik fő alakja más alapokon mutat ki két belső irányzatot. Ő normativista és pozitivistá irányzatot különít el azon az alapon, hogy az első még közelebb áll a jog belső személetéhez, míg a pozitivistá irányzat már döntően a gazdasági személetnek ad túlsúlyt (Posner 1981). A normativista megközelítés első írásai Guido Calabresi-től származnak az 1960-as évek elejéről, aki a kockázat megosztását és a magánjogi felelősség kérdéseit elemezte. A pozitivistá irányzat első alakjai Ronald Coase és Gary Becker voltak az 1950-es évek végétől.

A gazdasági jogelmélet az 1970-es évek során egyre sikeresebbé vált az egyetemi karokon, és a gyakorlati jogi életre a hatásuk a '80-as évektől vált erőssé, amikor Ronald Reagan elnökségétől kezdve szakítottak a majd félévszázados állami beavatkozás növelésével, és ismét a piacelvű társadalomszervezés felé fordultak az Egyesült Államokban. Ez az adminisztráció egyre több helyre tudatosan a gazdasági jogelmélet neves professzorait és tanítványait juttatta pozícióba. Ennek révén ez az irányzat már nemcsak az egyetemi campusokon hat szélesen, hanem a jogalkotást és a jogalkalmazást, a bírói döntéseket is befolyásolja. (Ez szinte alig mondható el a kritikai jogi tanulmányok irányzatáról, melynek hatása kizárólag az egyetemi berkekre szorítkozik, és a morálfilozófiai jogelmélet hatása sem éri el ezt a szintet, noha ez hat az egyetemeken kívül is. Lásd: Scheuerman 1999:209-232).

3. *A kritikai jogi tanulmányok irányzata* (Critical Legal Studies) azoktól a korábbi liberálisoktól indult, akik - mint az amerikai újbal szellemi-politikai irányzata átfogóbban is (New Left) - csalódtak a 60-as évek liberális reformjaiban, és mint az újbal jogi részlege megalakították a Critical Legal Studies irányzatát. Érzelmi-politikai töltését az újbalos irányzat a vietnami háború okozta társadalmi forrongásából kapta, és a XX. századi marxista forrásokból (Gramsci, Frankfurti Iskola etc.) pedig elméleti kiindulópontjait. Ők már az alapjog-központú radikális liberális jogi felfogást is mint a kapitalista ideológia részeit tekintik. A legismertebb "Crit"-ek közé Roberto Unger, Morton Horwitz, Duncan Kennedy és Mark Tushnet számítható.

Morton Horwitz, aki két nagy tablóban foglalta össze az amerikai jog fejlődését az 1760-as évektől napjainkig, fő tézise pl. az, hogy az amerikai bírák a common law szabályait egyre inkább a kereskedelem érdekei szerint kezdték átértelmezni a XIX. század végétől más társadalmi rétegek kárára, és ezt egy sor magánjogi intézmény átformálódásában látja tetten érhetőnek. Míg egy ilyen átformálódást egy fogalomjogász a jogdogmatika megújulásának fogna fel, Horwitz számára ez a mögöttes társadalmi-politikai erőeltolódások kifejeződéseit jelképezi.

A '80-as években volt a csúcsa e mozgalomnak, és hihetetlen színessé és sok belső irányzatra tagolttá vált ekkorra. Ugyanakkor ez a folyamat bomlási jelenséggént is értékelhető. Az elemzők szerint '80-s évek közepére érte el a CLS az amerikai jogi karokon a siker csúcsát, és azóta lassanként hanyatlik. Ennek fő okait a mozgalmon belüli generációs ellentétek, illetve a feminista valamint az anti-rasszista jogelmélet kialakulása következtében megjelenő konkurencia fellépése jelenti a hasonló értékszemlélet ellenére. Például míg a



feminista jogelmélet hívei és a faji kisebbségek segítésére összpontosító jogászcsoporthoz az alkotmányos alapjogok felhasználását fő eszközüknek tekintik, addig a CLS számára ez sem jelent többet, mint a domináló osztályok rejtett eszközét uralmuk elfogadtatására, amely hamisan állítja a jog átfogó morális elvekre alapozását.

A CLS fő kritikája a liberális legalizmus ellen irányul, amelynek négy fő jellemzőjét támadják: 1. hívei elszakítják a jogot a társadalom többi kontrollmechanizmusától; 2. olyan objektív szabályoknak látják a jogot, amely szabályozza a normái pontos terjedelmét és ezek alkalmazását is; 3. ezek a normák szemben a többi norma szubjektivitásával és partikularitásával objektívek és legitimek; 4. végül a kiszámítható bírói döntést ígéri ezekből a normákból a liberális legalizmus hívei. Ezt a hitet a realisták megingatták, és utánuk már nem állt vissza a korábbi rezzenetlen hit e fenti premisszáiban, de csak a CLS késő '70-es évekbeli jelentkezése vette ismét fel e premisszákkal a harcot - állítják híveik.

A liberális legalizmus fő csúsztatását így írják le: "A kritika magva az az állítás, hogy alapvetően hamis a liberális felfogás az egyének és a közösségi érdekek közötti rendszeres konfliktusok feloldását szolgáló szabályok működésének objektív jellegéről. Az ütköző érdekek között a feloldás a legjobb esetben sem több, mint egy olyan elrendezés, amely tükrözi a hatalom és a források feletti rendelkezés egyenlőtlenségét a felek között, miközben átfogó és univerzális normáknak állítják be ezeket." (Hunt 1986:5). Kritikát persze úgy lehet a CLS hívőkkel szemben megfogalmazni, hogy ők meg egyszerűen csak a jogon kívüli hatalom megjelenését látják a jogban, és a külső hatalmi egyenlőtlenség részbeni megszelídítését teljesen elvetik. Igaz a CLS hívők többsége a jog és az osztályérdekek teljes rövidre zárását nem fogadja el, és 'A jog a kizsákmányolók törvényerőre emelt akarata!' - tézis - ahogy azt Marx állította - náluk nem jelenik meg. A jog marxista instrumentalizálását minden CLS-hívő visszautasítja. Egy új jelenség a nyugati marxizmusban a gazdaság helyett a politika és az ideológia szerepének hangsúlyozása az alárendelt osztályok elnyomásában és az elnyomás elfogadtatásában. Így az ideológia és a legitimáció mechanizmusai kerülnek előtérbe, és ez jellemzi a CLS jogfelfogását. *A jogban ugyan hosszú távon benne vannak és végső soron meghatározzák az uralkodó osztályok érdekei a jogot, de ezt el is takarják egyben, és ezért e szabályok látszólagos semlegessége miatt elfogadják az alávetett osztályok is.*

Tehát a CLS nem arra teszi a hangsúlyt, hogy a jog az uralkodó osztály törvényerőre emelt akarata, hanem arra, hogy a jog elfedi azt, hogy a jogi rendelkezések végső soron az alávetettséget hozzák létre, és ehelyett az egyetemes értékek megvalósításaként ábrázolják őket a liberális legalisták.

A morálfilozófiai jogelmélet fő alakjával, Ronald Dworkin-nal szemben nem vallják az egy igaz jogelméleti válasz lehetőségét, mivel Dworkin rendelkezik egy háttér szociológiai feltételezéssel arról, hogy a politikai közösségnek van egy osztott értékvilága, és ide visszanyúlva racionális érveléssel el lehet jutni az egyetlen helyes megoldásig. Nos, ők ezt a háttér feltételezést tagadják, mivel a társadalom osztályai eltérő morális értékhangsúlyokkal rendelkeznek, és a társadalomban domináló csoportok morálja alapján döntenek a jogalkotók és a bírák, elnyomva az alárendelt csoportok morális értékhangsúlyait.

A "jog az politika"- tézis minden CLS szerző számára evidencia, így a jogi nézet és a jogi vita is politika, politizálás.

## 2. A gazdasági jogfelfogás és Posner jogelmélete

A jog és gazdaság (law and economics) irányzata már az 1960-as évek elejétől fejlődésnek indult az Egyesült Államokban, de az átfogóbb jogászörökben csak akkor figyeltek fel rá, amikor Richard Posner 1973-ban egy monográfiában összegezte a jogfelfogás legátfogóbb sajátosságait. Ettől kezdve fokozatosan egyre inkább az amerikai jogélet egyik legbefolyásosabb jogkonceptiójává nőtte ki magát, és az utóbbi években már egy sor országban komoly táborral rendelkezik. A fejezetnek ebben a részében ezt vesszük szemügyre.

## 2.1. A jog gazdasági elmélete

Az Egyesült Államokban az 1950-es évek végétől kezdett kialakulni egy jogelméleti irányzat, amely a magánjogi jellegű kérdések szabályozására és az itteni jogszabályok értelmezésére a piac logikáját emelte a középpontba. A későbbi években ez a kezdeményezés a többi jogterület szabályainak megközelítésére is kiterjedt, és a büntetőjog, a közigazgatási jog és az alkotmányjog problémáinak végiggondolásánál is felhasználták ezt a megközelítést. A mi elméleti keretünkben a következőképpen lehet felvetni az itt felmerülő alapkérdést: ha a modern jogszerkezet logikája a jogos/jogtalan értékelési dimenziót emeli középpontba, akkor hogyan illeszthető ez össze a piaci logika rentábilis/nem rentábilis értékelési dimenziójának jogon belüli esetleges erősödésével? A kérdés megtárgyalásához az első lépcsőben meg kell nézni a piaci logika kiterjesztése kapcsán felmerülő elméleti problémákat; majd a jog gazdasági elméletének néhány megállapítását vesszük szemügyre; és végül a jogalkotási-jogpolitikai szférát a jogalkalmazástól különválasztva vizsgáljuk meg a jog gazdasági elméletének lehetőségeit.

### 2.1.1. A piaci logika kiterjesztése

A piaci logika kiterjesztése két eltérő irányban is megfigyelhető volt az elmúlt évtizedek társadalomelméleti irodalmában, ám a két irány eltérő jellege nem áll tisztán sok szerzőnél, és megítélésem szerint a jog gazdasági elméletének egyes írásainál is fennáll ez a probléma. Röviden összefoglalva azt lehet mondani, hogy egyrészt megindult az elmúlt évtizedekben egy olyan elméleti irány, amely a *gazdasági szférában talált piaci logikát kiáltalánosítani igyekezett*, és a fokozatos kiáltalánosítás után mint társadalomelméleti paradigma áll előttünk, másrészt találhatunk olyan elemzéseket is, amelyek az *eredeti szűk értelemben felfogott rentábilis/nem rentábilis szerinti piaci logikát kutatják a termelési-gazdasági szférán túli társadalmi alrendszerekben*. (Már itt jelezni kell, hogy a jog gazdasági elméletében sokszor összemosódva jelentkezik ez a két irányzat!)

A piaci logika társadalomelméleti paradigmává kiáltalánosításának útján talán *Joseph Aloise Schumpeter* osztrák közgazdász demokrácia-elmélete jelenti az első lépést. A közgazdász Schumpeter a politikai demokráciát elemezve arra a megállapításra jutott, hogy a választásokon a szavazatokért folyó verseny a politikusok és politikai pártok között tulajdonképpen megfelel a gazdasági logika szerinti profitért folyó versenynek a vállalkozók között. Vagyis egyszerűen csak a versengés terminusai mások: itt terméket adnak pénzért, ott politikát adnak el szavazatokért, de végeredményben a politikai demokrácia a gazdasági piac mellett mint a politikai piac fogható fel. Ezt a kezdeményezést az amerikai *Antony Downs* vitte tovább az 1950-es évek végén és átfogóan megalkotta a "politikai demokrácia gazdasági elméletét". (l. Downs 1962).

Jóval tágabban terjesztette ki a piaci csere logikáját az amerikai szociológus, *Peter Blau* a 60-as évek közepén az "exchange theory" (csereelmélet) megalkotásával. Blau két forrásra támaszkodott ennél. Egyrészt Georg Simmel német szociológus a századforduló körül írt egy tanulmányt, amivel a "hála" szociológiai elemzését végezte el, és mint a gazdasági csere egy sajátos formáját fogta fel azt a cserét, amely valamilyen önkéntes adomány után a megajándékozottban kötelességszerűen a hála érzését és ezután ennek meghatározott magatartásokba történő átültetését követeli meg a megajándékozóval szemben, ill. legalábbis bizonyos negatív hatású magatartások mellőzését váltja ki. (Tegyen valaki valamilyen negatív dolgot egy felé korábban önkéntes adományt adó személy felé, a szűk környezete, aki tud erről, erkölcsileg elítéli, és tulajdonképpen az ilyen "hálátlan" is érzi, hogy "valamit" megsértett!) Ez tehát a szűken vett piaci csere kiáltalánosítását jelzi Georg Simmelnél. Egy másik hatást Blaura Talcott Parsons "cseremédium" elmélete tette, amivel Parsons a pénzből kiáltalánosítva, a gazdaságon túli társadalmi alrendszerekben más médiumokkal igyekezett speciális csereviszonyokat kimutatni. Például a politikában "hatalmat" cserélnek be a közösség egészét érintő döntésre, és e döntések kihatásai aszerint növelik vagy csökkentik a következő időszakban rendelkezésre álló hatalom mennyiségét, ahogy a társadalom tagjai vagy csoportjai értékelik e kihatásokat - mondja Parsons)

Blau tehát egy általános csereelméletben a legkülönbözőbb szférákban végbemenő kooperációkat mint különböző típusú cseréket fogta meg, és pl. a szerelemben vagy a barátságban végbemenő kölcsönös érintkezéseket éppúgy, mint egy hivatalban a kollégák közötti kooperációkban létrejövő érintkezéseket.

Végül ezeket a különböző kezdeményezéseket a '80-as évek elejétől a "rational choice theory", a "racionális választások elmélete" integrálta, és ez ma mint az egyik legdivatosabb társadalomelméleti paradigma hódít elsősorban az amerikai egyetemeken, de kisebb hatásokkal Nyugat-Európában is jelen van ez az elméleti megközelítés. (A hazai társadalomtudományokban a maroknyi, elméleti beállítottságú tudós körében is van néhány híve ennek a megközelítésnek.)

A piaci logika társadalomelméleti paradigmává kiáltalanosításai mellett azonban megfigyelhetők folyamatosan olyan elemzések is, amelyek a szűken vett - magasabb jövedelemért folyó - piaci versengés hatását elemezik a termelési-gazdasági szférán túli társadalmi alrendszerekben. Pl. Joseph Ben-David a '70-es évek elején az egyetemi piacot elemezte; a sportpiac hatásait egy sor szociológus elemzi Németországban (pl. Karl-Heinz Bette). Ugyanígy az újságpiac, a rádió- és tv-csatornák piaca szintén elemzés alatt áll a tömegkommunikáció szociológiájában; de az ügyvédi piac szerkezete és ennek kihatása a jogrendszerre is jó néhány tanulmányt produkált már.

Alapvető különbség a piaci logika két kiterjesztése között, hogy míg az első, az "általános csere" egy-egy alesetének fogja fel a különböző szférákban meglévő tevékenységeket és érintkezéseket, s így megszünteti az eltérő sajátosságokat, addig az utóbbi - az eredeti, szűk értelemben felfogva a piaci logikát - éppen megtartja az egyes szférák önálló racionalitását, és csak ezek *mellé* csúsztatja be a rentabilitási logika szempontjait, majd az egyes szférákban a két eltérő racionalitás összeegyeztethetőségére, ill. ellentmondásaira nyitja ki az elemzést.

Nos tehát a két eltérő piaci logika kiterjesztésére és különbségeikre figyelemmel kell lennünk, amikor a jog gazdasági elméleteit értékeljük.

### 2.1.2. A jog gazdasági elmélete

A jog gazdasági szemlélete egyik kezdeményezőjének Ronald Coase-nak egy 1960-as cikkéből jól kivehető az az újdonság, ami eltéríti ezt a szemléletmódot a jog hagyományos szemléletétől: "A hagyományos megközelítés alkalmas volt arra, hogy a megejtendő választás természetét elhomályosítsa. A kérdést általában úgy kezelik, hogy A kárt okozott B-nek, és azt kell eldönteni, hogy miképpen lehetne A-t ettől visszatartani. Ez azonban egy helytelen megközelítés. Itt ugyanis reciprok természetű problémával állunk szemben. A B-t érő kár elkerülése A-nak okozna kárt. Valójában tehát azt kell eldöntenünk, hogy A-nak engedjük-e meg B károsítását, vagy B-nek azt, hogy A-nak kárt okozzon. A kérdés az, hogyan lehet a nagyobb kárt elkerülni." (Coase 1984:202). Coase válasza e kérdésben, hogy ha a szemszöveget felemeljük, és nem az egyik fél vagy a másik fél szűk érdekeit, hanem az össztársadalmi szintű költségkihatást nézzük, akkor mindig arra kell a kártérítést hárítani, aki a *legkisebb ráfizetéssel* el tudja kerülni a károsodást. Tehát adott esetben a potenciális károsultaknak kell elővigyázatossági intézkedéseket tenniük a lehetséges károkozás megelőzésére, és nem a kárral fenyegető tevékenység kifejtőjének.

Coase elméletének másik összetevője a *jog és a piac szabályozó erejének összefüggéseire* vonatkozik. "A jogalkotás jelentősége a piaci allokációs teljesítmény szempontjából ténylegesen. arra vonatkozik, hogy a tulajdonjogok intézményesítésével létrehozza a csereelvet. A tulajdoni jogok a lehetőség szerint teljesen az egyén kizárólagos használatába adják a rendelkezésre álló erőforrásokat. A felhasználási jogok konkrét csoportosítását a piac vállalja magára; mindaddig nem képes erre a jog a piac ellenében, amíg a tulajdoni jogok szabad átruházhatósága és ezzel cseréjük lehetősége biztosított" (Behrens 1984: 88).

E tétel magyarázatára álljon itt egy konkrét példa. Egy vasúttársaság és egy földbirtokos áll szemben egy helyzetben, amikor a vasúttársaság egy mozdonyának szikrai rendszeresen leégetik a környező föld termését. Coase elmélete szerint a jog az ilyen helyzetekben csak látszólag tud elrendezést biztosítani, mivel végül is

mindig az fogja ezt eldönteni, hogy melyik tevékenység valósít meg hatékonyabb felhasználási módot. "Vagy a vasút valósítja meg a nagyobb hasznosságot, és ebben az esetben a vasút megvásárolja a paraszttól a szikráztatás jogát, vagy pedig a paraszt termése az értékesebb - akkor a paraszt ellenkező irányú fizetésekkel rábírja a vasúttársaságot, hogy a termés elpusztításával hagyjon fel." (Behrens 1984: 88). Ettől az állapottól csak az térítheti el a piaci résztvevőket, ha a tranzakciós költségek túl magasak ahhoz, hogy alternatív megoldásokat keressenek a felek, így a piaci logika korlátokba ütközik -, és ekkor a jog általi konkrét használati jogosultság-elosztásokat a piac tényleg nem tudja felülbírálni. A "tranzakciós költségek" fogalma arra utal, hogy az egyéneknek minden, az erőforrások alkalmazásának alternatív lehetőségére és ezzel a használati jogok csere útján történő újraelosztására vonatkozó döntése költségekkel jár. Az információk és az új döntés etc. költségei tehát sokszor nem engedik érvényesülni a kompetitív utak igénybevételét - vagyis a *túl magas tranzakciós költségek a piaci kompetíció logikáját lemerevítik, és csak ilyenkor válhat fontossá, hogy a jogi szabályozás milyen jogosítványelosztást hozott létre a felek között*. Ezekből a fejtegetésekből adódik az is, hogy a tulajdonviszony pusztá rögzítése és ennek garantálása után - a tiszta piaci kompetíció esetén - a gazdaság logikája alkalmasabb a tevékenységek szabályozására, mintha a jog lépne be szabályozásával. Sőt, ilyen esetben a gazdaság logikája amúgy is felülbírálja a jogi szabályozást.

A "kollektív jogok" elmélete - ami a jog gazdasági elemzései számára fontos alátámasztást jelent - a következőképpen szabja meg a piaci, vagy ezzel szemben a hatósági szabályozás optimális hatókörét. Kiindulópont, hogy a piac mindazon tevékenységeket hatékonyabban tudja megszervezni, amelyek eredményeihez való hozzájutást a tevékenység végzője kontrollálni tudja, így cserefolyamatba tudja bevinni a tevékenysége eredményéhez való hozzájutást. (Vagyis, a fogyasztó csak fizetés ellenében tud így hozzájutni az adott dologhoz.) Az *olyan javak - és ezek a kollektív javak -, amelyekhez mindenki hozzá tud jutni kontrollálatlanul, nem tesznek lehetővé piaci szervezést*. Mivel mindenki hozzá tud ingyen jutni, ezért senki nem fog hozzájárulni a létrehozásukhoz. Am éppen ezért senki nem fogja magára vállalni az előállítását, noha mindenkinek érdeke fűződik hozzá. Az ilyen javak előállítását kell magára vállalnia egy közhatalommal rendelkező hatóságnak, és adó módjára behajtania mindenkitől az ennek előállításához szükséges költségeket. Ebből az elméletből az elmúlt félévszázadban kiépült szociális állam redisztributív jellegének radikális leépítését lehet kiolvasni, és a közgazdászok között ennek kifejezésére szolgál a közgazdasági maxima: "nincs drágább az ingyenesnél"; pazarlóbb létrehozást és felhasználást nem lehet annál találni, ha valami ilyen piaci kontroll alól kivett módon szerveződik meg. Ennek igazolására csak az adott javak a "kollektív javak" közé sorolhatósága szolgálhat, de ezentúl a piac kontrollját kell megvalósítani.

Richard Posner amerikai jogtudós 1972-ben írt művében a korábbi kezdeményezéseket egy átfogó tanulmányba fogta össze. Nála jobban felmerülnek azok a vonások, amelyek a jog gazdasági rentabilitás logikája felőli elemzésével nemcsak a jog *alkotói* felé irányozzák elő a mindenkori új jogszabályok mikénti elrendezésére vonatkozó modellek új szempontú kidolgozását, hanem a *rentabilitási szempontok az egyedi ügyek eldöntésénél középponti szempontként merülnek fel*. "Posner a "negligence"-t így rekonstruálja Hand bíró nyomán: az alperes (károsult) akkor felel a "negligence" alapján, ha a baleset bekövetkeztének valószínűsége és a baleset által okozott veszteség szorzata meghaladja azoknak az elővigyázatossági intézkedéseknek a költségét, amelyekkel a baleset elkerülhető lett volna" (Sajó 1984: 23).

Az új elemzési mód azonban nem állt meg a magánjog határainál, és a jog gazdasági elemzésének kiterjesztését jelentette, amikor a '60-as évek végén a bűnözésre és a büntetőjogi szabályozásra vitték át a korábban árucserelviszonyokra alkalmazott fogalmakat. "Az egyén azért követ el bűncselekményt, mert ezzel nagyobb tiszta haszonnal tud részt venni, mint bármely más számára számba jöhető, jogszerű cselekménnyel. A bűnelkövető elhatározása, mint minden foglalkozási választás függ pénzbeli és nem-pénzbeli előnyöktől (Veljanovski 1984: 49). Míg az előbbi használatban a jog gazdasági elemzése még a szűken vett rentabilitási logikához és a pénzben kifejezett csere terminusaihoz kötődött, itt már - akár Peter Blau "exchange theory"-jának kiáltalánosításánál láttuk - a csere (bűncselekmény és büntetése) túl megy a pénzbeliség dimenzióin. "A bűncselekményt racionális cselekvésnek tekintő elméletből szükségszerűen következik, hogy bármely tényező, amely a bűnöző tevékenység várható hasznát mérsékli... kibővíti a bűncselekményben való bűnözői részvétel szintjét. A büntetőjog által kilátásba helyezett büntetés olyan "árhoz", olyan ellenszolgáltatáshoz hasonlít, amely csökkenti a potenciális bűnözőnek a bűncselekményből várható hasznát." (Veljanovski 1984: 49). Pl. Isaac Ehrlich amerikai kriminológus empirikus becslései szerint 1935-69 közötti minden halálos ítéletre kb. 7-8 elriasztott gyilkosságot lehet számítani.

### 2.1.3. A jog gazdasági elméletének értékelése

Értékelésünknel a kiindulópontban külön kell választanunk a piaci logika általános csereelmélet felé kitágításától a szűkebb piaci rentabilitás logikáját szem előtt tartó elméleteket. Az előbbihez tartozik pl. a bűncselekményt és a büntetést mint "sajátos cserét" felfogó elemzés, vagy a politikai rendszerben a választójog vonatkozásában "politikát adok szavazatokért"-elmélet. Ennek a megközelítésnek a hibája, hogy - bár gondolatébresztő lehet adott esetben - a sajátos összefüggéseket, motivációkat letakarja, és így a lényegét véti el a piaci cserétől idegen érintkezéseknek.

*A szűk értelemben vett rentabilitási piaci logika bevitelét kell tehát elsősorban komolyan szemügyre venni a jog elemzésében.* Itt is fontos, hogy különbséget tegyünk a rentabilitási logika jogalkotási-jogpolitikai eljárások felé továbbítására irányuló javaslatok és a konkrét bírói jogalkalmazási döntés felé továbbítása között. Az utóbbi esetben úgy érvényesül ez a joggyakorlat, mint egy új jogértelmezési módszer, amely a bírót az egyedi ügy elbírálásánál irányítja. Erre szolgált Posnernél a Hand-formula. Amennyiben magánjogi, ezen belül is vagyoni jogi ügyekről van szó a rentabilitási logika a bírói joggyakorlat konkretizáló tevékenységében csak sajátos akcentusokat adhat az ítékezésnek. Persze, ha ez ahhoz vezet, hogy a jogi előírásokat és döntési szempontokat erősen a háttérbe tolja ez az értelmezés, akkor valóban a jogos/jogtalan logika háttérbe szorulását hozhatja ez létre. De akkor alkalmasabb egy idő után egy közgazdász képzettségű bírói kar létrehozása, hisz a bírók csak korlátozott mértékben tudják feszesen követni a rentabilitási érvelést és az ebben szükséges információk feldolgozását.

A jogalkalmazásra tett hatást még arról az oldalról is kiemelhetjük, hogy a jog gazdasági elemzése felerősíti a jogalkalmazó bírónál a "következményeken való orientálódást" az ítéletekben. Ez bizonyos fokig elfordítja a figyelmet az általános jogelvekben való gondolkodástól, és az egyedi hatások elemzését ösztönzi.

A jog gazdasági elméletei azonban döntően a jogalkotói-jogpolitikai szféra felé tesznek javaslatokat a szabályozás mikénti alakítására. Itt pedig eleve színes az orientálódás, a politikai értékelés "kormányon maradni/ellenzékbe menni" kódja éppúgy jelen van, mint a jogos/jogtalan, így a rentabilitási logika szempontja szerint végiggondolt szabályozási alternatívák csak színesítik a mezőt.

Megítélésünk szerint a jog gazdasági elemzése - épp a jogalkotási szféra felé irányultsága révén - kevésbé a jog belső logikája szempontjából fontos, hanem inkább abból a szempontból, hogy a társadalom legkülönbözőbb szférájába, intézményeibe a rentabilitási logika beépítését javasolja, ill. az ilyen javaslatok szerint elméletileg kialakított modelleket tartja szem előtt, és *ehhez szabja* jogi szabályozási javaslatait. *Vagyis a társadalom elpiacosítása az a háttér, amelyet hangsúlyoz, és az egyes területeket elpiacosított formában veszi szemügyre, amikor jogi szabályainkat eltervezi.* Kitérő példa erre Richard Posner családjogi elemzése, amely az örökbefogadást egy "szabad csecsemőpiac" pozitívumainak elemzésével köti össze, de a házasság egész intézményét, mint kereskedelmi társaságot konstruálja meg. (lásd. Posner 1984:158-162). Itt azonban meg kell jegyezni, hogy a különböző szférák elemzését túlzottan lecsupaszítja az adott szférák piaci aspektusaira, így a sajátlagos belső értékeléseket, motivációkat biztosító mechanizmusok kiesnek a látószögéből. Pl. a tudományos vagy az egyetemi piac rentabilitási logikája mellett a tudományos racionalitás szerinti értékelés is formálja ezt a szférát, de ugyanígy a sportszféra vagy a művészeti szféra esetében is elmondhatjuk ezt. Egyoldalú tehát a piac szerepének hangsúlyozása a jog gazdasági elméleteiben, és a "kettős racionalitás" együttműködő mechanizmusait félig lefedi ez a szemléletmód (lásd: Pokol 1988).

Ez azonban már túl van a jog belső kérdéseinek elemzésén, inkább csak egy átfogó társadalomelmélet felől lehet bírálni ezt a megközelítést. A jogos/jogtalan világot és a bináris kód dominálását a jogi szférán belül tehát a jog gazdasági elméletei nem helyezik hatályon kívül.

## 2.2. Posner jogelmélete

A gazdasági jogelmélet már a '80-as évek közepétől ismertté vált Magyarországon, mivel 1984-ben egy válogatást állítottak össze és fordítottak le az irányzat munkáiból (lásd Harmathy/Sajó 1984). A kötetet azonban a legnagyobb mértékben recipiálatlanul hagyta a magyar elméleti jogi gondolkodás. Időközben azonban ez az irányzat az Egyesült Államokban az egyetemi jogász berkeken túl a gyakorlati jogi életben is az egyik - talán a leginkább - uralkodó jogfelfogássá vált, ugyanígy a fejlett világ sok országában befolyásos jogelméletként jelent meg, és itthon is kezd érdeklődés mutatkozni a gazdasági jogelmélet által kínált lehetőségek iránt (lásd Vékás 1998). Mindezek megkövetelik a hazai jogelméleti gondolkodástól is, hogy mélyebben gondoljuk végig ezt a jogfelfogást. Ebben a részben a gazdasági jogfelfogás fő alakjának, Richard Posnernek az elméletével foglalkozunk.

### 2.2.1. Bevezetés

Richard A. Posner 1963-ban fejezte be jogi tanulmányait a Harvardon, de 1972-ben írt könyve a jog gazdasági szemléletű elemzéséről már nagyon hamar ismertté tette a nevét az Egyesült Államokon kívül is. A gazdasági szemléletű jogfelfogás, melynek háttér-társadalomelméleti alapjai a társadalom minél szélesebb piac általi szervezésére irányulnak, a '70-es évek végétől a politikai légkör eltolódásából is profitált. Az állami beavatkozás növekedésének több évtizedes folyamatainak leállítását majd csökkentését és az állami társadalomszervezés helyett a piac szervező erejét célul tűző politikai erők kormányra kerülése - Angliában Thatcher, az Egyesült Államokban Reagan adminisztrációja - növelte a jog gazdasági szemléletének lehetőségeit, és e szemlélet híveinek karrier-esélyeit is javította. Kutatási pályázatok, egyetemi vezető professzori kinevezések, szövetségi vezető bírói pozíciókba kerülés és egy sor hasonló támogatás révén a jog gazdasági megközelítése a '80-as évekre az amerikai jogi karokon és a bírói szférában az egyik domináló jogfelfogássá vált. Posner maga is szövetségi bírói kinevezést nyert, de e mellett példátlan termékenységgel ontotta és ontja tanulmányainak és köteteinek tömegét. Ennek során egyre inkább táult látóköre, és a jogelmélet és a modern társadalomélet történeti eredményeit és mai továbbfejlesztéseit elemezve, a mai jogelméleti szerzők közül talán a legrészletesebben végiggondolt jogkonceptiót hozta létre. Ennek legteljesebb összefoglalását az 1990-ben kiadott "The Problems of Jurisprudence" ("A jogelmélet problémái") c. könyve tartalmazza, így ezt vesszük alapul koncepciójának elemzésénél. Jogelméletének egyik fontos vonása a jog átmoralizálásával való szembenállás, amit legtisztábban az 1998-as "The Problematics of Moral and Legal Theory" ("A morálfilozófia és a jogelmélet problematikája") c. vaskos tanulmányában fejtett ki. Mivel a mai amerikai jogelméletben a morálfilozófiai jogelmélet az egyik legbefolyásosabb irányzatot jelenti - és az egyetemi jogászörökben Magyarországon is vannak hívei ennek a jogfelfogásnak -, a tanulmány második részében erre térünk ki. A harmadik részben Posner jogelméletének társadalomelméleti előfeltevéseit elemezzük, melyek érthetőbbé teszik e jogfelfogás jellegzetességeit. S végül külön részben ezután Posner bírói munkájának értékelése következik, hisz napi ítélkezési tevékenysége a legkonkrétabb szinten mutatja meg jogfelfogását. (Posner 1981-től a szövetségi Seventh Circuit Court of Appeals bírójává Chicagó-ban, majd 1993-ban e fellebbezési bíróság főbírójává nevezték ki.) Az értékeléshez az anyagot többek között a chicagói Council of Lawyers (Ügyvédi Tanács) által a bírói értékelések sorozatában Posnerről kiadott elemzés adja, amely az interneten elérhető: <http://www.chicagocouncil.org/federal.htm>.

### 2.2.2. A juriszprudencia problémái

Posner a jogelmélet tíz alapvető problémáját sorolja fel, melyekkel majd félezer oldalas könyvében foglalkozni kíván, és ezek kiterjednek a jog önállóságának (vagy ezzel szemben politikával, morális értékeléssel, gazdasági megfontolásokkal való közvetlen összefonódásának) kérdésére; a bírói ítélet objektivitásának - azaz törvényszöveg és precedens általi meghatározottságának - lehetőségére (vagy ezzel szemben szubjektív - hatalmi, politikai, személyi stb. - szempontoknak az ítélkezésbe történő

belefoglalásának elkerülhetetlenségére); a jogi igazságosság kiegyenlítő, megtorló, vagy disztributív igazságosság szempontjai szerinti szerveződésére; a bírói szerep lehetőségeire, a bírói mérlegelés ítélkezésben megfigyelhető terjedelmére; a jog forrásaira; a szokások és tradíciók jogban betöltött szerepére; a jogértelmezés módszereire és végül a jog alkotásában és bírói alkalmazásában illetve nem utolsósorban a jogászképzésben a társadalomtudományi eredmények bevonásának lehetőségeire. Posner nem kevés energiát fordít arra is, hogy a fenti kérdésekre az amerikai jogelméleti irányzatok válaszait is elemezze, így könyve saját elméletének kibontása mellett mint az amerikai jogelmélet történetének és mai irányzatainak elemzéseiről íródott monográfia is hasznos szerepet tölt be.

**(Az autonóm jog ellen)** Központi tézise a *jog autonóm logikájának tagadására irányul*, és minden korábbi elemzés és jogelméleti irányzat, amely ezt állítja, felhasználásra kerül igazának alátámasztására. Így bár nem vallja magát a jogi realisták utódának - inkább a jogi realisták nézeteit előkészítő Oliver Wendell Holmes nézeteihez kíván csatlakozni -, de bőven merít a jogi realisták érveiből az autonóm jogi logika mítosza ellen. A törvények és a precedensek menthetetlenül nyitottan hagyják egy sor esetben a bírák számára az eset eldöntését, és ekkor belépnek a bírák személyes politikai motivációi, morális értékelései, világnézeti szempontjai.

E fő tézise mellett többször felbukkan elemzéseiben, hogy egy fontos előfeltétel megléte esetén lehetőség nyílik a zsinórmértékszerű jogszolgáltatásra: mégpedig akkor, ha a jogászság, ezen belül első sorban a bírói kar társadalmilag és - ebből következően politikailag - homogén. Ekkor az alapul fekvő morális értékek és társadalompolitikai célok szempontjából vita nélküliek maradnak a jogi szövegek alatti alapkérdések, és így a zsinórmértékszerű jogszolgáltatás többé-kevésbé megvalósulhat. "Nehéz kérdések" akkor merülnek fel, ha a bírói kar és a jogászság markánsan eltérő társadalmi rétegek értékeit és céljait szocializált belső csoportokra bomlik, és ezek szembenállása vitássá teszi a jogi szövegek alatt fekvő kérdéseket. Az amerikai jogászságban és a bírói karban az 1950-es évektől gyorsult fel a korábbi belső társadalmi és politikai egység szétesése, és így utópiává vált a törvények és precedensek előírásai alapján történő előre kiszámítható jogszolgáltatás. És ezzel a jog autonóm - politikai, morális, személyi és más ad hoc szempontoktól független - működése lehetetlenné vált.

Posnernek ezt a "nem hivatalos" jogelméletét szem elé kapva láthatjuk, hogy míg az Egyesült Államok mai jogelméleti irányzatainak nagy többsége valamilyen indokkal kinyitni kívánja a jogot, és összefonni azt a politikával vagy valamelyik más társadalmi szférával, addig az európai országokban a jog autonómiáját valló jogelméletek nagyobb dominanciát érnek el az egyetemi és a gyakorlati jogi életben. Posner figyelemfelhívása arra is érzékennyé teszi az elemzőt, hogy az európai országokban a jogászság belső átpolitizálódásának foka ma még messze elmarad az amerikai jogéletben megfigyelhetőtől. Vagyis Posner elmélete alapján Európában a jog autonómiája, önálló logikájának működése nem tagadható oly mértékben mint a mai Egyesült Államok átpolitizált jogászságának helyzetében. Ezt Posner az angliai állapotok vonatkozásában maga is jelzi: "Az angol bírói kar sokkal homogénebb, mint a miénk, és ez lehetővé teszi ott a nagyobb fokú konszenzust a döntési premisszákat illetően, és ennél fogva nagyobb mértékben tudnak támaszkodni a szillogisztikus döntési levezetésekre és érvelésekre" (Posner 1990:26). E disztinkció szem előtt tartásával mondhatjuk, hogy Posner elmélete alapvetően a mai amerikai jog elmélete, és más jogrendszerek megítélésére csak az előbb jelzett előfeltételek leellenőrzésével párhuzamosan alkalmazható. Következik még ebből az is, hogy egy sor jogfejlődési tendencia, melyek az utóbbi években az Egyesült Államokból kerülnek át egyes európai országokba, köztük hozzánk Magyarországra is - pl. a bírói jogszolgáltatás alkotmánybíráskodással és alkotmányos alapjogokkal, alapelvekkel összefonására irányuló törekvések, és a jogász, bírói körökben a közvetlen politikai-morális értékelések felerősödése - Posner elemzései alapján (mintegy a "bejárt út végéről") új fényt kaphatnak.

A mai helyzetben - az amerikai jogászság és a bírói kar belső társadalmi-politikai csoportokra bomlásának és ezek harcainak fényében - Posner nem látja lehetőséget a formális jogszolgáltatást, és abban nincs vitája a mai amerikai jogelmélet másik két fő irányzatával - a morálfilozófiai jogelmélettel és a kritikai jogi tanulmányok irányzatával -, hogy ebben az irányban ma már nincs kiút. *Ezért az utóbbi években az amerikai gyakorlati jogi életben erősödő textualisták/originalisták formális és depolitizált jogszolgáltatás felé törekvését éppúgy elveti, mint a többi irányzat hívei.* Ám a jog teljes átpolitizálást valló kritikai jogelmélet nézeteit is túlzottnak tartja, mivel az esetek tömegében - az "egyszerű esetekben" - azért lehetségesnek látja az amerikai jogászság

mai belső politikai harcai mellett is a depolitizált bírói döntést. A formális jog CLS (Critical Legal Studies) általi teljes elvetése és az textualisták teljes formális jog követelése között így Posner jogelmélete mint közvetítő pozíció jelenik meg. Igaz, más szempontból pedig a textualisták - Charles Fried, Ernest Weinrieb, Anthony Kronman, Alexander Bickel, Robert Teachout etc. - állítják magukról a közvetítő közép szerepét, mert a CLS kemény, sokszor marxista-leninista baloldaliságának és Posner radikális piac-pártiságának - ami az Egyesült Államokban a konzervatív jobboldaliság egyik fő irányát jelenti - pólusaihoz képest a politikailag neutrális formális jog követelése valóban közép pozíciót is jelent.

Ugyanilyen ambivalens Posner közössége a formális jog elvetésében Dworkin morálfilozófiai jogelméletével is. Abban egyetért vele, hogy a mai amerikai jogszolgáltatásban tényszerűen jelen vannak a bírák közvetlen morális szempontjai, de azt a fajta teljes összefonást, amit Dworkin és követői kívánnak a bírói ítélezésben a jog és a morális igazságra törekvés között, lehetetlennek tartja. Fő ok erre az, hogy a bírák és a jogászság belső csoportjainak morális értékelései polárisan szemben állnak ma már azáltal, hogy a feketék és a sokszínű amerikai társadalom minden más részéből rekrutálódik a jogászság az utóbbi évtizedekben, a különböző politikai ideológiák mentén kialakított jogkonceptiókon (feminista, marxista, balliberális, republikánus etc.) felnevelődve, és így az egyes bíró közvetlen morális értékítéletével szemben más bírák és a jog más befolyásos szereplőinek morális ítélete áll. A jog átmoralizálása tehát nem megoldás, aki erre törekszik az letakarja a társadalom morális széttöredezettségét. De e mellett egy sor további problémát lát Posner a jog átmoralizálásban. Például ennek következménye az, hogy a morális érvekre áttért ügyvéd számára a szembenálló fél nem egyszerűen egy más - jogilag lehetséges - álláspontot véd, hanem a morális Jóval szemben a Rossz pártfogója. Ugyanígy az ilyen szerepet magára vállaló bíró is a jogi vitát mélyebb, morális szintre tolja át, és ezzel elmérgesíti a mindennapi jogi élet vitáit (Posner 1990:232). Egy másik oldalról úgy is bírálhat a dworkinisták átmoralizált jogfelfogását, hogy ezzel sokszor partikuláris politikai szempontok morálisnak álcázását hajtják végre. Első lépésben a morális érvek ruhájába öltöztetik az egyik fél politikai szempontjait és érdekeit, majd a második lépésben úgy állítják be az ezzel szemben álló politikai érdeket és véleményt, mint "a" morállal szembenálló Rosszat (i.m. 237.). Összességében pedig ez arra fut ki - ha sikerül a jogot nagyobb mértékben átmoralizálni és ezzel átpolitizálni -, hogy maga a jogállam és a jog válik semmissé: "Dworkin elképzelése azzal válik ironikussá, hogy minél tágabban definiálja a jogot, annál inkább elvesz a jogállami mozzanat. A jog elveszíti elkülönültségét először a morállal egyesülve, és miután felismerte, hogy a társadalomban morálisan eltérő felfogások élnek együtt, a politikai küzdelmekkel is egyesül, és ez által nem-joggá válik. Ha aztán így a jog a politika átfogó elveit is magába foglalja, akkor a bíró bátran üzheti a politizálást azzal a nyugodt tudattal, hogy tulajdonképpen jogot alkalmaz. Ekkor annak eldöntése, hogy kinek van igaza, és kinek nincs az egyes jogi ügyekben, a politikai barátok és ellenfelek szerint történik meg" (Posner 1990:26-27).

Mindamellet a jog morálra alapozásának népszerűségét bizonyos fokig Posner is kihasználja a jog gazdasági szemléletének elfogadtatására. A jog gazdasági megközelítésének alapja az, hogy a jog funkcióját a társadalom jóléte maximalizálásának biztosításában látja. Ez azt jelenti, hogy - mind a jogi rendelkezés megalkotásában, mind a már létező rendelkezés eseti alkalmazásában - a fő szempont nem az egyes ember jogának minden áron való érvényesítése, hanem a konfliktusban szembenálló felek valamelyikének győzelme és a másik perverztése esetén *mindkét fél költség-haszon egyenlegének és ezek össztársadalmi költségvonzatának* szem előtt tartása. E mérlegelés után pedig abba az irányba kell dönten, amely a legkisebb össztársadalmi költségvonzattal jár, mivel ez szolgálja az össztársadalom jólétének maximalizálását.

Posner ezután első lépésben abból indul ki, hogy *a jólét-maximalizáció az átfogó igazságosságnak a közgazdasági nyelven való kifejezése*, így a jog gazdasági megközelítése és a pusztán "jogos-jogtalan" kalkuláció helyett az össztársadalmi jóléti maximalizáció behozatala bizonyos szempontból a morálra ülteti rá a jogot. Második lépésben Posner kimutatja, hogy a common law évszázados hagyományai minden elméleti reflexió nélkül is spontán módon közel álltak a precedensek alkotásánál és az egyes ügyek eldöntésénél a költség-haszon egyenleg össztársadalmi kihatásának figyelembe vételéhez. Erre a könyv többször idézett példája Learned Hand bíró híres formulája, aki a szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírójaként 1947-ben aszerint látta eldönthetőnek az eléjük terjesztett kártérítési ügyet, hogy mennyibe került volna az alperesnek a kár megelőzése, illetve milyen valószínűsége volt a kárt okozó esemény bekövetkeztének, és csak akkor látta megítélhetőnek a kártérítést, ha a káresemény megelőzésére fordított összeg és a kár



bekövetkeztének valószínűségét kifejező százalékarány szorzata kisebb, mint az okozott kár, míg ha ez nagyobb lenne, mint a ténylegesen okozott kár, akkor mentesül a kártérítés megfizetése alól az alperes. Össztársadalmilag ugyanis éppúgy számba jön a kár elhárításának költsége, mint az okozott kár, és ha többbe kerül az elhárítás, mint a tényleges kár, akkor az össztársadalom szintjén veszteség lenne, ha rákényszerítenénk az embereket a kártérítési perekben hozott ítéletekkel, hogy még ilyen esetekben is törekedjenek megelőzni a kárt.

A Learned Hand-formula Posner számára a common law-ban benne rejlő gazdasági jogkonceptió világos példáját jelenti. Ezzel az érveléssel nézőpontja idegenségét is igyekszik csökkenteni a jogászok számára, hisz a hagyományosan a jogos-jogtalan dimenzióban gondolkodó jogászság szemében radikális változtatásnak tűnik a gazdaság logikájának jogba bevitele. Így Posner inkább a "tényleges" common law egyoldalú tematizálásának minősíti a hagyományos jogos-jogtalan gondolkodást, és a jog gazdasági elméletét a common law belsejéből történő kiszabadításként igyekszik bemutatni.

**(A jog konzekvencialista értelmezése)** A jognak az össztársadalmi jólét dimenziójába helyezése és a jog funkciójának ennek maximalizálásában megadása egy sor következménnyel jár az egyes jogi témák megítélésében. Egy ilyen következményt jelent *a törvények és a precedensek értelmezésében való állásfoglalás*. Addig ugyan elismeri Posner a jogi rendelkezések és a benne rejlő jogdogmatikai kategóriák fényében való objektív értelmezés lehetőségét, amíg a jogásztársadalom társadalmilag-politikailag egységes, ám amilyen fokban ez megszűnik, olyan fokban válik egyre több jogi kérdés "nehéz kérdéssé", és ekkor az eltérő csoportok morális és társadalompolitikai álláspontjai egymással szembenálló és egyenrangú ítéleteket produkálnak. A megoldás ekkor már csak az lehet, ha az ítéletek következményein orientálódik a bíró, és az ítéleti-verzióit mindig az össztársadalmi jólét maximalizálása szempontjából ellenőrzi le, és azt mondja ki végül ítéletként, amely ebből a szempontból a legoptimálisabb. *Posner gazdasági jogelméletéből tehát a konzekvencialista jogértelmezés következik.*

**(A jog társadalomtudományosítása)** Egy másik következményt jelent a jog jólét-maximalizálási funkciójából való kiindulás a jognak a tudományokra - és lévén a jog a társadalom szabályozója -, elsősorban társadalomtudományokra alapozásának követelése Posner elméletében. A jog "társadalomtudományosítása" vagy ennek elvetése a legszorosabb összefüggésben áll a jog autonómiájának vagy ezzel szemben az össztársadalmi irányítás eszközeként felfogásával. Pl. Németországban Niklas Luhmann a jog zárt társadalmi alrendszerként felfogásával évtizedes vitákat folytatott az instrumentalista jogfelfogások híveinek "társadalomtudományosított" jogfelfogásával (lásd Luhmann 1981). Az amerikai instrumentális jogelmélet legtisztább alakja a jog "társadalmi mérnökösködésének" eszméje volt a XX. század első évtizedeiben, melyet Posner egyik példaképe Holmes is vallott, de a társadalomtudományok jogba bevitelét a jogi realizmus és az 1950-es években a "policy jurisprudence" (társadalompolitikai jogelmélet) is a középpontba emelte (lásd Grey 1996). Posner már a jogászképzésben középponti szerepet kíván juttatni a társadalomtudományok, első sorban persze a közgazdaságtan, a statisztika, de a szociológia és a politológia eredményeinek is. A bonyolult társadalmi következmények felmérése, melyek egy-egy jogi rendelkezésből, egy-egy precedensből erednek, csak széleskörű tudományos ismeretek elsajátítása révén lehetséges - mondja. E nélkül csak a bornírt-önelégyült jogász döntése lesz a bírói ítélet, és hályogkovács módjára dönthet csak a bíró, hisz nem képes átlátni a döntésével kiváltott társadalmi következményeket.

Hadd jelezzem, hogy aki - mint Luhmann is - a jog autonómiájából indul ki, az a jogba a társadalomtudományos ismereteket *a jogi konstrukciókba való előzetes jogtudósi beépítéssel látja bevihetőnek*, és az egyes bíró, amikor a jogi konstrukciók belső összefüggései szerint dönt, akkor ennek tudatos átlátása nélkül is "társadalom-adekvát" módon dönt. A társadalom ugyanis olyan bonyolult, hogy a konkrét szituációkba bekötött bíró úgy sem képes átlátni az össztársadalmi összefüggéseket, még kis munkateher mellett sem. Pedig neki az esetek tömegét kell rövid felkészüléssel kemény napi döntési munkával elintézni. Csak a specializált jogtudós szintjén követelhető meg, hogy a társadalom szűk parcelláját, melyet érintenek az általa kezelt jogi rendelkezések, a társadalomtudományos és társadalomstatisztikai adatok fényében is figyelje, és be tudja építeni ezek eredményét is az általa kialakított jogi konstrukciókba. A jog autonómiáját és a társadalommal csak egységes egészként érintkező alrendszer-jellegét tagadó álláspontból azonban következik az egyes bíró és minden egyes jogász nagyon erős társadalomtudományos képzésben részesítése, ahogy azt Posner követeli.

**(Az "érdekcsoport"-parlament leértékelése)** Megvilágító erővel bír Posner jogfelfogásának hangsúlyaira az is, ahogyan a parlamenti törvényhozást szemléli. Számára a törvényhozás nem a közjóra tekintő döntési mechanizmust jelenti, ahol a milliók választása útján bekerülő képviselők kompromisszumaiból végső soron a közjóra irányuló törvények születnek, hanem az érdekcsoportok küzdelmeinek szerepét emeli ki. A törvény így nem más, mint az elfogadásakor aktuális erőviszonyok szerinti legerősebb érdekcsoport álláspontjainak megtestesítője: "Valójában egy törvény nem fejez ki mást, mint azoknak az érdekcsoportoknak az izmait, melyek képesek voltak a törvényhozásban megszerezni egy gyengébb érdekcsoporttól a gazdagság egy részét" (Posner 1990:272). Enyhén szólva is "szkeptikus demokrata" Posner, és ebből az alapállásból túlzottan nagy törvénytisztelet nem várható. A jog feletti meghatározásért a törvényhozás és a bíróságok között folyó évszázados harcokban azonban Posner nem áll teljesen a bíróságok oldalára sem, mert az ottani problémákat is tisztán látja. Ebből következik a bírák törvényhez kötésének egy középerős fokozata melletti kiállása elméletében, amit a törvényeket "civilizáló értelmezésnek nevez". Ez azt jelenti, hogy a bírónak mindig meg kell kísérelnie a törvényhozó szövegéből származó értelem alapján a döntést, de a partikuláris érdekcsoport-szemponthoz túl erős felhangjait igyekezni kell eltüntetni értelmezésével. A törvényhez kötés középerős fokozata mellett tehát egy nem túl erős, de bizonyos fokú aktivizmust enged meg a bíró számára Posner jogfelfogása, ez azonban nem a dworkinisták morális aktivizmusát, hanem a gazdasági szempont jogértelmezésbe bevitelét jelenti.

Az értelmezési szabadságnak ez a megalapozása lehetővé teszi Posner számára a jogértelmezésben a gazdasági (költség-haszon) szempontú elemzés propagálását, amely folyamatosan felbukkan könyvében. Azt is lehet mondani elmúlt évtizedekben kifejtett jogelméleti elemzéseiről, hogy szinte mindegyik mögött felsejlik valamilyen fokban a jog gazdasági elmélete előtt a terep egyengetésének szándéka, és a jog ebben az irányban történő fejlesztésének szabaddá tétele.

**(A tudati elemek kiszorítása a jogból)** Ebbe az irányba mutat a tudati állapotok értékelését tartalmazó jogi konstrukciók szerepének csökkentése is Posner elemzései között. A polgári jogi kártérítési felelősségi formák között a vétkesség szerepének csökkentése ebben éppúgy benne van, mint a büntetőjogban a bűnösség kategóriájának tudati mozzanatait háttérbe szorítani törekvő elemzések. Maga a választott elméleti megközelítés, a *behaviorizmus is a külső cselekvést helyezi előtérbe Posner jogelméletében*, amely a cselekvésekben meglévő mentális, tudati komponensektől deklarálta eltekinteni törekszik. A jog a világ számára külsőleg megjelenő cselekvéssel foglalkozik, és a cselekvéseket külső megjelenési jegyeik alapján értékeli. Megértéssel idézi Holmes XIX. század végén írt elemzését, miszerint a jog fejlődése a mentális-tudati mozzanatok eltűnését hozza, és e helyett a tudományos előrelátás a cselekvéseket - és ezek alapján az embereket - a külső jegyek szerint egyre inkább kiszámíthatóbbá teszi, és a jog e tudományosan feltárt külső jegyek alapján lép fel. "Oliver Wendell Holmes úgy gondolta, hogy a mentális állapotok szerepe a jogban csökkenni fog annak menetében, ahogy a jog egyre finomabban kidolgozottá válik a tudományos fejlődés előrehaladtával (...) Holmes úgy érvelt, hogy amint a jog érettebbé válik, a felelősség - még a büntetőjogi felelősség is - egyre inkább a külső meghatározottság felé tolódik el a belső szándékossági, szubjektív elemektől" (Posner 1990:169). Posner persze jelzi, hogy ez sok szempontból nem következett be, sőt néhány jogi konstrukció szempontjából még fokozódott is a mentális állapotok szerinti értékelés, de szerinte ez jórészt a jogélet és a jogtudomány nyelvhasználatának és gondolkodási sémáinak konzervativizmusából fakad szerinte: "A mentális nyelvhasználat kitartása a jogban a jogi élet konzervativizmusának a bizonyítéka" (id. mű 176.). Egy sor jelenséget külső - tudati állapottól független értékeléssel - is ki lehet fejezni, mondja Posner, és pl. egy előre kitervelt és egy hirtelen felindulásban elkövetett emberölés megkülönböztetése és az előbbi súlyosabban büntetése úgy is megalapozható, hogy az előre kitervelt emberölés nagyobb valószínűséggel lesz sikeres, mint a hirtelen felindulásban elkövetett, ezért azt objektíve nagyobb társadalmi veszélyessége miatt kell így büntetni.

A külsővé átalakított cselekvési következmények értékelése aztán szabad utat ad a következmények költség-haszon nyelven való lemérésére a legkülönbözőbb jogágak területén, és ezzel a jog gazdasági kalkulációk szerinti továbbfejlesztése szabaddá válik. Ennek megfelelően az elmúlt években az empirikus statisztikai munkák tömegét produkálták a gazdasági jogelemzők táborának hívei a polgári jogon túl is, ahonnan az irányzat kiindult, a büntetőjogban, a munkajogban, az alkotmányjogban és szinte minden más jogterületen.

### 2.2.3. Posner a jog átmoralizálása ellen

Posner - saját gazdasági jogelméletén túl - szemben áll a mai amerikai jogelmélet minden lényegesebb irányzatával, így a jogi szöveghez tapadó originalistákkal és textualistákkal, a kritikai jogi tanulmányok irányzatával, a feminista jogelmélettel, de kritikájának fő célpontját visszatérően Dworkin és a morálfilozófiai jogelmélet jelenti. Ezt a kritikáját legteljesebben a már jelzett 1998-as tanulmánya bontja ki, így nézzük most meg ennek főbb megállapításait.

A jog átmoralizálását Posner nem általános jelenséggént észleli, hanem csak az utóbbi negyven év amerikai jogfejlődésében. Az 1950-es évek közepétől indulóan az Earl Warren főbíró által "magával ragadott" szövetségi Legfelsőbb Bíróság az Egyesült Államokban bő másfél évtized alatt döntő módon átalakította a korábbi formalistább jogszolgáltatást. Az alkotmányos alapjogok nagyon széles igénybevételével és ezek morálfilozófiai érvekre ültetésével lépésről-lépésre megváltozott a szövetségi bíróságok kiszámítható jogszolgáltatása. E fejleménnyel párhuzamosan, illetve ezt követően az amerikai jogi karokon is kialakult és teret nyert a morálfilozófiai jogelmélet irányzata, és ez még tovább is radikalizálta a Warren-bíróság által a jog átmoralizálása felé tett lépéseket. Ezzel szemben Angliában és az európai kontinensen ez a radikális változás nem ment végbe, kivéve itt - Posner szerint - az új, közép-európai alkotmánybíróságokat: "A jog Angliában egy önálló szférát jelent (...). Néha ugyan az angol bírák is döntenek politikai elvek igénybevételével, de ez olyan ritkán történik meg, hogy ekkor úgy érzik, hogy jogon kívül kerülnek. Ezzel szemben áll a helyzet az Egyesült Államokban és a közép-európai alkotmánybíróságok esetében" (Posner 1998:1693). A közép-európai alkotmánybíróságok együttes kiemeléséhez az európai gyakorlatból és ezeknek az amerikai átmoralizált joggal azonosításához persze meg kell jegyezni, hogy Posner e téren a magyar tapasztalatokból általánosított - 1995-ben a magyar dworkinisták hívták meg egy konferenciára (lásd Posner 1995; Kis 1995) -, és vitatni lehet az általánosítás helytállóságát. A magyar alkotmánybíráskodásra mindenesetre teljes mértékben ráillik az átmoralizáltság jelzője.

Az amerikai jog részbeni átmoralizálódása ellenére Posner jelzi, hogy az amerikai bírák sokszor a hagyományos bírói precedensek pontos mércéi szerint döntve is használnak a morális kifejezéseket - "fair", "unjust", "inequitable" stb. -, de ezt nem Dworkinék általános morálfilozófiai elméletének részeként teszik. A pontos jogi - törvényi, precedensjogi - rendelkezések alkalmazása közben használt "morális szemantika" félreértése lenne, ha ezt is a jog átmoralizálásának fognánk fel (Posner 1998:1695). A jognak az az átmoralizálása, amelyet Dworkinék támogatnak a modern társadalmakban kivihetetlen, és csak a fundamentalista iszlám államokban valósul meg. Posner - nem kis polemikus felhevüléssel - a Nyugat talibán harcosainak nevezi ezért vitapartnereit (Posner 1998:1695).

A jog átmoralizálása fanatizálja a jogi per résztvevőit. A morális érvekkel küzdő ügyvéd napi peres ügyeiben nem jogi ellenfélnek, hanem a Rossznak tekinti, kell, hogy tekintse a szembenálló peres felet; a bíró a napi rutinügyek helyett a Jó és a Rossz közötti döntésként kénytelen így megélni mindennapi tevékenységét. Ám e felfokozott döntési tevékenységhez nem tud találni sem az ügyvéd, sem a bíró tényleg megbízható, specifikált döntési támpontokat. A morális érvek absztraktsága és tetszőleges rendbe állításuk ugyanis több döntést is lehetővé tesznek. A jog átmoralizálása tehát egyrészt a peres felek ügyvédeknek és a bírónak a fanatizálása felé ösztönöz, de másrészt a felajzott jogászokat nem tudja biztos döntési támpontokkal ellátni (Posner 1998:1690).

Egy másik érv a jog átmoralizálása ellen a társadalom morális pluralitásából fakad. Ténylegesen mindenki által vallott morális parancsolatok csak a "tízparancsolat"-szerű követelmények lehetnek. De ezek általánosságukban - "ne ölj!", "ne lopj!" - semmitmondók, hisz bizonyos konkrét szituációkban épp megsértésük a morális parancs. Pl. egy gyerek kimentése egy gyilkosságra készülő kezei közül akár annak megölése árán is. Ilyen kérdésekben ezután döntenie a bírónak nem lehetséges egyértelmű morális érvek alapján.

A morálisan plurális társadalmakban csak akkor tűnik egyértelműnek a morális alátámasztottság, ha más csoportok morális prioritásait semmisnek vesszük. Posner ennek példájára hozza fel Dworkin kritikáját egy

legfelsőbb bírói - abortusz-kérdéssel kapcsolatban hozott - döntéssel szemben, mely döntés a törvényhozásra kívánta bízni az abortusz lehetőségének vagy megtiltásának vagy valamilyen korlátok közötti engedélyezésének kérdését. Dworkin a radikális abortuszpártiság talaján úgy érvelt ezzel szemben, hogy a döntés időbeli eltolásával a fiatal nők ezreinek életét teszi tönkre a bíróság, mivel magzatuk megszületésére kényszerülnek így. Posner azonban jelzi, hogy más társadalmi csoportok morális értékei felől pontosan az az időbeli eltolás pozitívuma, hogy addig is sok ezer méhmagzat életének megtartása jön így létre, és egyénileg lehet valaki abortuszpárti vagy ennek ellenzője, de a morálisan plurális társadalomban nem teheti meg, hogy csak az egyiket tekintse morális értéknek (Posner 1998:1703). Az átmoralizált jog tehát annak elfogadható, akinek - versengő - morális értékítéletét tartalmazza ez a jog, de nem annak, akinek szemben áll vele. Ez felveti a kérdést, hogyan lehetne akkor őt jogi engedelmisségre kérni?!

Ebből következik Dworkinék pozíciójának egy másik kritikája is, ami a mindenkori (saját) politikai érvek morális ruhába öltöztetését veti fel velük szemben. A politikai álláspont ugyanis mindig egy sor oldalról védhető, pszichológiai, gazdasági, szociológiai, stb. érvekkel. Morális érvekbe burkolva - és a szembenálló csoportok morális érveit semmisnek tekintve - úgy adható elő a politikai álláspont, mint a morál elkerülhetetlen parancsa. *A jog átmoralizálása így sokszor a jog átpolitizálása a morál álcája alatt.* Ekkor a politikai küzdelem nem formalizált választásokon összecsapó politikai táborok alakjában és a résztvevőknek egyenlő választójogot biztosítva megy végbe, hanem a társadalom szellemi elitjéhez áttolva ezt, akik aztán nem a törvényhozást, hanem a bíróságokat, különösen az össztársadalmi döntéseket meghozó alkotmánybíráskodást végző testületeket megcélözva fejtik ki morális küzdelemnek álcázott politikai küzdelmeiket. E kritikákkal szemben Dworkint és követőit nem lehet megvédeni.

#### 2.2.4. Posner elméletének társadalomelméleti premisszái

A gazdasági jogelmélet szemléletmódjának kiépítése és ennek alapján a legkülönbözőbb jogterületeken - polgári jog, közigazgatási jog, családjog, büntetőjog, perjogok stb. - konkrét megoldások kialakítása, átfogó társadalomelméleti szinten is előfeltételezi egy ennek megfelelő ember- és társadalomkép elfogadását. Ez meg is található Posner írásaiban, noha nem önállóan kifejtett tanulmányokban, hanem inkább csak az elemzései között elszórt utalások formájában. Társadalomképének első jellemzője, hogy *csak az egyes embereket tekinti létező jelenségeknek, és a kollektív (csoport, intézményi stb.) képződményeket nem létezőnek veszi.* Ennek további oldala, hogy az *egyének kollektív képződményekbe bekötöttsége, és az e képződményeken belüli normatív, szolidaritási, identitásbeli meghatározóknak az egyének felé sugárzó hatása is eltűnik szemszögéből.* Az egyén az ő világképében magában áll a világban és hasonlóan magában álló más egyénnel érintkezve kalkulálva dönt és cselekszik. Átfogó társadalomelméleti szinten ez a módszertani individualizmus a racionális választások elméletében és a társadalmi csere elméletében nyert különböző megfogalmazást, de Posner rendszeres elemzésben nem foglal állást ezek között. (Ezen elmélet Raymond Boudon általi kifejtéséhez lásd : Pokol 1999:234-270).

A módszertani individualizmuson nyugvó társadalom- és emberkép másik vonása Posnernél, hogy nála *minden emberi cselekvés haszonelvű, haszonmaximalizáló cselekvés.* Ehhez persze két kiegészítést kell tenni. Az egyik az, hogy a cselekvésnél felmerülő előnyök-hátrányok közötti kalkulálás jóval szélesebb, mint az anyagi jellegűek, és a legkülönbözőbb dolog, esemény, következmény előnyként vagy hátrányként számba jöhet. Pl. ha a polgári perben a vesztes félnek kell fizetnie a pernyertes fél ügyvédeknek költségét is, akkor ez csökkenti a perbemenetel valószínűségét az eleve gyengébb jogi pozícióban lévőnél, és ez a perek számának csökkenéséhez vezet (ti. a valószínű pervesztes inkább egyezkedik és fizet, mintsem hogy belemenjen egy eleve vesztes perbe, ahol még az ellenfél ügyvédét is fizetheti majd), és ezt előnyként veszi számba a gazdasági jogelmélet, míg az ellenkező megoldásnál a perek elburjánzást hátránynak, és így mérlegel a különböző perjogi megoldások nyújtotta előnyök-hátrányok között (lásd Brautigam/Owen/Panzar 1984:173-185). A másik megjegyzés arra vonatkozik, hogy Posner elismeri a mindennapi döntésnél a félig-tudatos, rutinokkal átszőtt döntések sokaságát, ahol csak homályosan és háttér irányítóként működik az előnyök-hátrányok összevetésének állandó művelete. Mindenesetre ezzel a cselekvési képpel Posner az önző, haszonelvű embert és az ezekből felépülő társadalmakat tekinti realitásnak, és a szolidaritáson, érzelmi közösségen nyugvó cselekvéstől és az ezekből következő hatásoktól eltekint. A tényleges társadalmakat és

társadalmi intézményeket pedig így csak torzítva és egyoldalúan lehet megragadni.

Társadalomképének e két jellemzőjét jól kiegészíti az, hogy *minden emberi érintkezést és tevékenységegyeztetést a versengés feltételei között látja megvalósulni*. Mindenhol, minden emberi érintkezésben csak piaci versengés van, még ha ezek terminusai, tétjei változóak is (lásd Macneil 1996:4). E végletes piaci nézőpontjánál kell említeni Posner gazdasági jogelméletének azt a sajátosságát, hogy szinte teljesen eltűnt elemzéseiből a tranzakciós költségek "nehezeke", amely a jog gazdasági elemzéseinek kiindulópontjánál, Ronald Coase elméletében fontos szerepet töltött be. A tranzakciós költség fogalma ugyanis azokat a korlátozó körülményeket hozza be a nézőpontba, amelyek megakadályozzák a piaci csere működését, és az e szerinti alternatívákra áttérést, még ha az rentábilisabb is lenne. Ezzel a kategóriával az ideális piaci csere elméleti konstrukciója mellé mindig belépett a reális társadalmi kötöttségek, feltételek - ideális piactól eltérítő - valósága. Posnernél ez tűnt el fokozatosan, és az ideális piaci csere mint a realitás ténye szerepel (lásd Macneil 1996).

Ezt az - absztrakt ideális helyzetet realitásként felfogó - álláspontját hozza létre az a jellegzetesség is Posner elméletében, hogy *az egyes konkrét jelenségekre a gazdasági jogelmélet téziseit dedukálva fejt ki, logikai módon, és nem empirikus felmérések tanulságaiból kiindulva*. A gazdasági jogelmélet ugyanis az egyes szabályoknak az emberek cselekedeteire tett külső hatásait vizsgálja - így a jogszociológiai jogelméletek családjába sorolható - és egyes állításai így empirikus ellenőrzésnek is alávetethetők. Ezek az empirikus vizsgálatok nagy tömegben létre is jöttek az irányzat más képviselőinél, de maga Posner az absztrakt tézisek logikai-deduktív műveletével alakítja ki rendszerint állításait. Igaz óriási ítélkezési gyakorlata - kb. 1.500 bírói véleményt fogalmazott meg az 1981-es bírói kinevezése óta eltelt majd húsz esztendő alatt - bizonyos fókig pótolja az empíriát. Mindenesetre ez az absztrakt-deduktív gondolkodásmódja is nagymértékben hozzájárulhat végletekig hajtott "önző individuumokból" álló társadalomképhez, és ez ellenhatásként olyan irányzatok kibontakozását is ösztönözte az utóbbi években a gazdasági jogelmélet táborán belül, melyek enyhítik a "homo economicus" kizárólagosságára épülő jogi konstrukciókat. Különösen ilyen az *intézményi gazdasági jogelmélet*, amely közgazdaságtani intézményi szemléletre épít, és John R. Commons 1924-es, *Legal Foundation of Capitalism* c. munkájára megy vissza. Posnerrel szemben ezen irányzat fő képviselői ma Steven Medema és Warren Samuels (lásd Medema/Mercuro/Samuels 1996), de maga Ronald Coase is fellépett Posner totális piaci társadalom felfogása ellen. (lásd Coase 1993).

Posnernek ezek a társadalomelméleti premisszái egy sor szempontból megcsonkított társadalmi valóságot állítanak jogelmélete mögé, és elemzései különösen azokon a jogterületeken futnak félre, ahol az önző piaci érintkezések nem vagy csak félig kapnak szerepet. Ezzel szemben, ahol ez a realitásban is meghatározó, ott valóban "kiszabadító" hatása van elméletének. Különösen ahol empirikus felmérések nyomán alakítják ki a gazdasági jogelmélet konkrét téziseit, lehetséges új belátásokat nyerni velük.

A morális kötelékek teljes visszaszorítása az emberi érintkezésekből azonban épp olyan túlzásnak tekinthető nála, mint a másik irányban Dworkin és követői minden jogi vitát végső soron morális alapon eldöntő álláspontja is az. Mindenesetre Posner - átmoralizált jogot végletesen elvető - álláspontja épp kihegyezettsége miatt jól tud rámutatni Dworkinék túlzásaira. Posner e téren kritikájában erős inkább, és a morális-szolidáris hatásoknak a jog működéséből való teljes kiszorítása elméletében szintén nem fogadható el.

E két végletes állásponttal szemben Niklas Luhmann morál-fejlődésre vonatkozó elemzése adhat megoldást, amely a történelem menetében a tradicionális társadalmak közösségeinek közvetlen morális-politikai-vallási-gazdasági stb. összefonódott irányítása helyett a funkcionális differenciálódást látja létrejönni, és az egyes önálló alrendszer-logikák irányításában már csak megszüntetve-megőrizve vannak jelen a morális meggyőződések. Az emberi érintkezéseket a személytelenné váló érintkezések világában közvetlenül technikai, udvariassági, jogi stb. szabályok irányítják, és csak ezekben benne rejtve vannak jelen a társadalom morális mércéi (lásd Luhmann 1984). E felfogással szemben Jürgen Habermas mindig vitatkozott, és a "hideg" rendszerlogikákkal szemben az életvilág és a közösségiség kibővítését követelte, de átfogó morál- és jogfilozófiájában maga is a közvetlen morális irányítottság elégtelenségét hangsúlyozta John Rawls és Ronald Dworkin elméletével szemben (Lásd Habermas 1992). Megítélése szerint a jog

technikai pontosításai és az empirikus társadalom politikai akaratképzésén nyugvó törvényhozás konszenzusteremtő ereje nélkül *a morális normák nem tudnak hatni és önmagukban már nem elégségesek a modern társadalmak integrációjának biztosítására*. Posner örömmel idézi Habermasnak ezeket a fejtegetéseit Dworkinnékkal szembeni kritikái alátámasztására (Posner 1998), de be kell látni hogy az ő morált teljességgel kizorító álláspontja sem fogadható el.

## 2.2.5. Posner mint bíró

Posner nem mindennapi teherbírását jelzi, hogy miközben az egyik legtermékenyebb jogelméleti szerző az Egyesült Államokban, és 1981 óta szövetségi bíró a három tagállamot (Illinois, Indiana és Wisconsin) összefogó VII. Kerületi Fellebbezési Bíróságon, 1993-ban e bíróság vezetőjévé is kinevezték. A majd két évtizedes bírói tevékenység elemzése jó lehetőséget nyújt arra, hogy a gyakorlati jogi szint tükrében is megnézzük Posner jogfelfogását. A Chicagai Ügyvédi Kamara 1996-ban egy elemzést és értékelést készített róla, több bíró társával együtt, és ez akkor is informatív, ha tudjuk, hogy ennek szemszöge Posner bírói széke előtt megjelenő ügyvédek és ügyfelek nézőpontját tükrözi, amely csak a bírói döntési folyamat egyik oldalának a látószögét fogja be. Emellett bírói tevékenységének első három éve után készült egy tanulmány, amely Posner gyakorlati jogfelfogását elemezte (Cohen 1985), és az ebben bemutatott posneri döntések jól kiegészítik a gyakorló jogászok beszámolóit.

Posner az amerikai per passzív bírói szerepéhez képest erősen aktivista bíró. Vagyis míg az eljárási szabályok szerint a legteljesebben kötve lenne ahhoz, hogy a felek és ügyvédek által elé tárt tények, bizonyítékok és az általuk felhívott törvényhelyek, precedensek, jogi érvek alapján ítélje meg az ügyet - és ha ő más törvényhelyet, precedenst, jogelméleti érvet etc. is fontosnak lát, akkor fel kellene hívnia a feleket, hogy valamelyikük terjessze ki indítványát ezekre is - addig ő bátran túlterjeszkedik az elé tárt tényeken, és ezeket az átlagosnál erősebben szelektáltan veszi figyelembe, hogy az összkép alapján már kialakított jogi álláspontja jobban védhető legyen. Emellett olyan törvényhelyekhez és precedensekhez is nyúl, amelyek az elé tárt tények alapján nem lennének relevánsak: "Posner főbíró egy jogi realista.... és őszintén beszél a tényről, hogy a bírák - őt is beleértve - olyan döntéseket is meghoznak, melyek nem következnek a precedensekből" (Chicago Council of Lawyer 1996). Az amerikai passzív, a peres felek tényállításaihoz, jogmegjelöléseikhez kötött bírói szerep helyett Posner a kontinentális európai bíró szabadabb szerepét játssza, és ez az Ügyvédi Kamara kritikáját is kiváltotta: "Ha egy bíróság (vagy a bíróság egyik bírója) egy kérdést, jogi elméletet, érvet vagy tényt fontosnak gondol, és ezt nem tartalmazzák a keresetlevelek, akkor a bíró megteheti, hogy jelzi ezt a peres feleknek, és lehetőséget ad nekik, hogy valamelyikük ezekre pótlólagosan kiterjessze a beadványt" (Chicago Council of Lawyer 1996).

Egy másik jellemzője Posner jogfelfogásának, hogy a legélesebben szemben áll a törvényhozó szándékának és az alkalmazásra kerülő törvényhely történeti szándékának (ti. hogy mit akart az orvosolni) kutatásával: "Posner főbíró kis súlyt helyez a norma történetére és híresen gúnyos az eredeti szándékot illetően" (Chicago Council of Lawyer 1996).

Posner tehát nem "szövegjogász", nem "szándékkutató" ítélkezése folyamán, hanem átfogó jogi koncepciókkal közelíti meg, és többé-kevésbé ezekből dedukálja az adott esetre vonatkozó ítéletét. Ebből ered az a kritizált vonása, hogy egyrészt az átlagosnál erősebben szelektál az elé tárt tények között, másrészt olyan jogi támpontokat (törvényhelyeket, precedenseket, jogelméleti érveket) is bevon ítéletének megalapozásába, melyekhez ténybeli alap nem volt elé terjesztve. Ezek az átfogó-irányító jogi koncepciók pedig - nem meglepően - a gazdasági jogelmélet téziseiből származnak. Ezek sokszor találónak tűnnek - jelzi az Ügyvédi Kamara anyaga -, de néha a doktrinerség jeleit is mutatják.

Összefoglalóan elismerik a chicagai ügyvédek Posner gazdasági jogfelfogásának használhatóságát a kereskedelmi jogi ügyekben, de a kialakult érveléseket sokszor felforgatónak érzik: "Sok kereskedelmi jogi ügyben Posner főbíró gazdasági jogi elemzést használó véleménye megfelelő (...). De vannak esetek, amikor ez a jogfelfogás arra indítja őt, hogy megkísérelje felborítani a kialakult törvényi jogpolitikákat (statutory policy) amelyekkel ő nem ért egyet" (Chicago Council of Lawyers 1996).

Jogfelfogásának másik jellemzőjét árulja el Posnernek az a hajlandósága, hogy miközben hajlamos arra, hogy átfogó jogi véleménye és igazságérzete alapján korrigálja az alkalmazott jogi rendelkezéseket, addig messzemenően óvakodik ezek alkotmányellenessé minősítésétől: "(...) feszültség létezik a hajlandóság, amellyel Posner főbíró korrigálja az igazságtalanságot, és a vonakodás között, amely visszatartja attól, hogy ezeket alkotmányellenessé nyilvánítsa" (Chicago Council of Lawyers 1996). Posner tehát nem csak elméleti síkon áll szemben Dworkinék morálfilozófiai jogelméletével, hanem gyakorlati ítélkezése során is elveti az alkotmányos alapjogok túlzott igénybe vételét.

Áttérve a George Cohen által elemzett döntésekre, általános jellemzőként írja róla a tanulmány, hogy Posner kevesebb döntésben vallja be explicit módon a gazdasági jogfelfogás érvei alapján a döntést, mint ahányban ténylegesen felhasználja azt. Egy cikkben azt állította 1984-ben, hogy az addig hozott mintegy 200 döntéséből 20-ban használta fel expliciten a gazdasági téziseket, de Cohen - tartalmilag elemezve ezeket - 124-ből 98-ban talált ilyen felhasználást. Jellemző így Posner stílusára - írja -, hogy óvatos a tényleges érvei kimutatásával és a hagyományos érveléstől való eltérése demonstrálásával (Cohen 1985:1141). Mindamellet a következő döntéseiből jól kidomborodik jogfelfogásának jellemzője.

Posnernek a gazdasági jogfelfogás befolyása alatti bírói véleményére jó példát jelent egy börtönben ülő elítélt polgári perében a kirendelt ügyvédhez való jog igényében hozott döntése. Az elítélt - a börtönorvos téves diagnózisa miatt - nagymértékben elveszítette egyik szemének látását, és ezért pert indított. Az elsőfokú bíróság nem tett eleget az elítélt-felperes kérelmének, és nem biztosított számára kirendelt védőt, amit ő alkotmányos jogának megsértéseként fogott fel, és fellebbezett. Bár a többségi vélemény elismerte ezt az igényét, Posner különvéleményt jelentett be. Úgy érvelt, hogy egy elítélt számára, akinek van egy jó kártérítési ügye, az ügyvédi piac bőségesen nyújt vállalkozó ügyvédeket. Ha pedig nem kap ügyvédet, az csak az ügyvédi piacnak azt az ítéletét jelenti, hogy nincs esély a nyeresre. A többség úgy érvelt vele szemben, hogy az elítélt a börtönből csak nehezen tud hozzá jutni az ügyvédi piachoz, de Posner szerint ez az érv csak arra jó, hogy az elítélt számára jogot biztosítsanak a jogászok névjegyzékéhez való ingyenes hozzájutáshoz, de nem az ingyenes kirendelt védőhöz.

Egy másik ügyben a felperes a városi hatóságot perelte be, mert a tilosban parkírozó gépkocsiját a városi önkormányzat rendeletének megfelelően elszállították. A felperes megítélése szerint ez sérti a fair eljárás alkotmányos követelményét, mert előzetesen meg kellene hallgatni a gépkocsi tulajdonosát, mielőtt ilyen szankcióval sújtánák a őket. Posner - elutasítva ezt az érvet - abból indult ki, hogy bár a ritkán valóban felmerülő kimentő körülményt így nem tudja felmérni a szankció előtt a városi hatóság, de e költség, összehasonlítva azzal a költséggel, amit egy ilyen előzetes eljárás közbeiktatása okozna a kocsik elszállítása előtt, még mindig sokkal kisebb. Így gazdasági jogszemlélet alapján elutasította az igényt.

Egy másik ügyben néhány sebész-felperes ügyében kellett döntenie, akik egy nagy országos sebész-egyesületet pereltek be, mert ennek vezetősége elutasította felvételi kérelmüket. A felperesek azt követelték, hogy a máskülönb magánalapon szerveződő országos egyesület hozza nyilvánosságra a véleményezést, amely alapján az elutasító döntést meghozták. Posner nem adott helyt kérelmüknek, mert úgy érvelt, hogy a későbbiekben a véleményezések sokkal kevésbé lennének őszinték, ha állandóan nyilvánosságra hozatallal kellene számolniuk a vélemények szerzőinek, és ezzel a valódi indokok egyesületeken belüli megvitatása és nyilvánossága minden egyesületnél csökkenne, és ez összességében rontaná ezek működésének hatékonyságát.

Érdekesen mutatja meg Posner gazdasági jogszemléletét egy rendőrségi titkos ügynökök által lépre csalt bűnelkövető ügye is. A vádlott eredetileg munkát keresett, és egy rendőrségi informátor előtt jelezte italozás közben, hogy jó szakértelmet szerzett bármilyen tűz létrehozására, és épületek felgyújtására is bármikor vállalkozik. A rendőrség megbízásából az informátor aztán összehozta őt egy másik titkos ügynökkel, aki nagymenő bűnözőnek kiadva magát egy nagy ház felgyújtásával bízta meg, és amikor ez megjelent, és elkezdte a ház felgyújtásának előkészületeit, a rendőrség lecsapott rá. A vádlott törbecsalás miatt kérte felmentését, amit az elsőfokú bíróság azzal utasított el, hogy a cselekményt ugyan a rendőrség beugratására akarta elkövetni, de meg volt benne a predispozíció, a beállítódás az ilyen cselekmények elkövetésére, ezért jogos a vád alá helyezése. Posner egyetértett az elsőfokú bírósággal a hozzá elért fellebbezés eldöntésekor, de más érvet fűzött döntéséhez: "Ha a rendőrség olyanokat ugrat be bűncselekmény elkövetésére, akik egyébként nem

követnének el ilyen bűncselekményt, és ezután elítéli és megbünteti őket, akkor ez egyszerűen csak csökkentené értelmetlenül a társadalom bűnözés elleni pénzeszközeit, hisz egyik részével megnöveli a bűnözést, a másikkal pedig a felbujtott bűnelkövetőt megbünteti. Ám ha a rendőrség olyan valakit ösztönöz egy bűncselekmény hamarabbi elkövetésére, aki később úgyis elkövetné ezt, akkor ez csak egy kontrollált körülmény biztosítását jelenti a bűnelkövető leleplezésére, és ez csökkenti a büntető igazságszolgáltatás költségét” (Idézi: Cohen 1985:1143).

Egy következő eset Posner erős fenntartásait mutatja a közvetlenül alkotmányos alapjogok mentén való perléssel szemben, amely az egyszerű magánjogi út elkerülését vonja maga után. Egy iskolai atlétikai edzőt két éves szerződése első évének végén elbocsátottak, és ő azt az utat választotta, hogy a XIV. Alkotmánymódosítás alapján perelte be az iskolát, mert az “fair eljárás nélkül fosztotta meg vagyoni jogától”, hisz meg sem hallgatták elbocsátása előtt. Posner azonban szűken értelmezte az alkotmányos jogot – mint ahogy minden alkotmányos jognál ezt teszi - és azt mondta, hogy a XIV. Alkotmánymódosítás alkalmazása csak tulajdon megfosztása esetén merül fel, és az ő munkabére nem értelmezhető ezen a kereten belül. De bármikor indíthat magánjogi pert, és azon minden esélye meg lesz a per megnyerésére (Cohen 1985:1149).

### 3. Posztmodern-kritikai jogelmélet

Az 1970-es évek közepétől egy markáns irányzattá szerveződött az amerikai jogi karokon a politikai küzdelmekbe közvetlenül bekapcsolódó kritikai jogi tanulmányok ("critical legal studies") jogtudósi köre. Ez a fejlemény közvetlen folyománya volt a jogszolgáltatás és a felsőbbbíróságok átpolitizálódásának, melyet az 1950-es évek végétől az Earl Warren vezette szövetségi Legfelsőbb Bíróság "alapjogi forradalma" hozott létre, és amelynek következtében az amerikai társadalom alapkérdéseit a szövetségi bíróságok előtti perekben keresztül igyekeztek megoldani. A fennálló állapotok radikális megváltoztatását magukra vállaló szövetségi bírák ösztönző hatására a jogon keresztüli politikai harcra mozgalmak, egyesületek alakultak ki, majd az ügyvédi körökben újfajta mozgalmi jogászcsoporthoz jöttek létre, és mindez néhány év után az egyetemi jogászok között is újfajta mozgalmi jogtudós-csoportok kialakulását eredményezte. Első fázisként - a '70-es évek közepétől - a különböző neomarxista szellemi körök jogász-csoportjai jelentek meg, melyek a szélesebb szellemi körökben gyökeret vert "újbal" ("New Left") szellemi mozgalom jogász híveit fogták össze - ezek voltak a "kritikai jogi tanulmányok" irányzat alapítói - de az irányzat körének bővülése egyre inkább magába olvasztotta a feketék és a többi színes néprétegek mozgalmainak jogász aktivistáit, majd a feminista radikálisait és később a homoszexuális-leszbikus mozgalmak aktivistáit is. A kibővült és heterogénnek vált kritikai jogászok (a "crit"-ek) irányzata ennek folyamán egyre inkább belső eltérő csoportokra bomlott szét, és a feminista jogelmélet, a faji jogelmélet és egy sor többi társadalmi csoport jogász aktivistáinak "jogelmélete" külön kommunikációs körökre bomlott szét. Ezek az új jogi irányzatok még erősebben egy-egy társadalmi csoport harcos jogi ideológiájaként működnek, és inkább politikai jogelméleteknek mintsem igazi tudományosan tárgyalható jogi eszmékként lehet felfogni őket. A crit-ek másik irányú változását jelentette a '80-as évek második felétől, hogy a kezdeti baloldali-marxista megközelítések mellé olyan új elméleti impulzusokat vettek fel, amelyek egy sor szempontból feszültségben állnak a korábbi kiindulópontjaikkal. Ennek az átalakulásnak az a lényege, hogy a baloldali-marxista kiindulópontok mellé a francia társadalomfilozófia "posztmodern" gondolkodóinak nevezetett tudósaira támaszkodnak újabban. Így első sorban Jacques Derrida, Michel Foucault és részben Jean-Francois Lyotard írásait használják fel. Ezen túl a modern tudásszociológia belátásait a társadalmi intézmények és képződmények "értelmi puhaságáról", értelmi konstruáltságáról is beemelték kiindulópontjaik közé. Ezzel az eltolódással a kritikai jogi tanulmányok szerzői egyre inkább *posztmodern jogelméletnek* nevezik ma már irányzatukat, de e csoport különböző képviselői eltérő arányban vegyítik a marxista baloldali és a posztmodern elmélet kiinduló pontjait. A valamikori crit-ek nagy nevei közül sokan nem követték ezt az elméleti átalakulást, és erősebben háttérbe szorultak mára. Így Roberto Unger, David Trubek, Mark Tushnet, Peter Gabel az irányzat



valamikori fő alakjai említhetők itt. Az alapítók közül Duncan Kennedy tűnik a legsikeresebbnek abban, hogy elfogulatlan módon végiggondolja korai, inkább baloldali pozícióit, és a posztmodern elméletek kiindulópontjait beemelve elméletébe. A crit-ek közül mindig is kiemelkedő Kennedy ezzel a kritikai jogtudósok között még inkább megnövelte befolyását. Így első sorban az ő elméletére alapozva mutatjuk be a posztmodern-kritikai jogelméletet.

### 3.1. A kritikai jogi tanulmányok jogelmélete

A mai komplexebb megközelítést alkalmazó posztmodern jogelmélettel szemben a crit-ek kezdetben alapvetően csak az átfogó marxi elemzések többé-kevésbé mechanikus jogi alkalmazásaként alakították ki nézeteiket. Példaként említeni lehet erre a stílusra Richard Abel elemzését a "tort" (kártérítés) jogáról. Abel végignézi az utóbbi évszázados tendenciát, melyben a szándékos rossz-tevésekre egyre inkább a büntetőjog terjeszti ki hatókörét, egymás után új és új bűncselekmények megfogalmazásával, mely után csak az ilyen magatartások gondatlan alakzatai maradnak meg a tort-kártérítés körében. Egy neutrális jogdogmatikai gondolkodó ebben a változásban a büntetőjog és a magánjog pontosabb határmegvonását látná a szándékosság és a gondatlanság szétválasztása mentén, de Abel ezt úgy értelmezi, hogy ezzel a hátrányt szenvedett sértett-károsultat egyre inkább megfosztják joghoz jutási eszközeitől - éppúgy, ahogy a tőkés fejlődés a munkást is megfosztja termelőeszközeitől, hogy kizsákmányolhassa - és a károsult joghoz jutását ügyészek, rendőrök, börtönőrök és az elnyomó államhatalom más emberei döntik el (Abel 1989b:329-330). A valamikori marxi elemzések ilyenfajta mechanikus átvitelére a példák sokaságát lehet találni a crit-ek korai írásaiban.

Ha a crit-ek jog egészére vonatkozó főbb álláspontjait röviden összegezni akarjuk - a posztmodern eltolódás utáni álláspontokkal szemben - akkor a következőket kell kiemelni:

1. A jogban az uralkodó osztály elnyomását látják ugyan, de az államhatalom és a politikai dominancia megszerzése után lehetőknek gondolják az objektív-kiszámítható jog létrejöttét. Ma csak azért nincs ilyen objektív jog és mindenki számára egyenlően értékelő jogszolgáltatás, mert a jogba be van építve az elnyomó gépezet - mondják. Ettől kell megszabadítani a jogot, és ekkor kialakítható az ideális jog.

2. Az alkotmányos alapjogokra támaszkodó "alapjogi forradalmat", amely a '60-as évek elejétől az amerikai politikai küzdelmek fő terepévé vált, és a bírói perlésen keresztül társadalmi változásokat célozták, burzsoá ideológiai szemfényvesztésnek tartották a crit-ek. Homogén, egységes és mintegy "szuperszemélyként" felfogott uralkodó osztályban gondolkodva ugyanis - a régi marxisták nézeteinek megfelelően - egyszerűen lehetetlennek találták, hogy nyilvánvaló kormányzati támogatással és felsőbírói segédlettel valóban lényeges társadalom-átalakítást lehessen végrehajtani egy kapitalista társadalomban. Pedig árnyaltabb szemlélet, a társadalom domináló csoportjain belüli küzdelmek és súlyponteltolódások észlelése neomarxista elmélet keretében is értelmezhetővé teszi az Egyesült Államokban zajló alapjogi forradalmat, amely enyhébb fokban egy sor európai országban is megfigyelhető. Például Pierre Bourdieu elméletére alapozva az uralkodó osztályon belüli irányzatok harcaiként és hatalmi eltolódásaiként is meg lehet közelíteni az alapjogi forradalom társadalmi-politikai hátterét. Ilyen háttérből, mint a pénzügyi tőkés körök és a hagyományos ipari-mezőgazdasági tőkés körök közötti küzdelem értelmezhető ez, melyben a pénzügyi tőkés csoportok média-közvéleményformáló intézményein keresztül a törvényhozás helyett a nyitottabb alapjogi bírászkodás felé vitték el a hatalmi súlyokat, és az így nyitottabbá vált bírói hatalom pedig erősebben meghatározható a szellemi-média hatalom intézményei révén. Ezek az intézmények pedig túlnyomó részben a pénzügyi-banki körök ellenőrzése alatt állnak. A társadalmi változások meghatározott irányjaiban érdekelt pénzügyi-média hatalmi körök így a jog belső rétegeinek átstrukturálását hajtották végre az alapjogi forradalom folyamán, és így egyáltalán nem "ideológiai szemfényvesztés" ez. A crit-ekkel szemben álló Charles Fried a fenti magyarázathoz képest kissé eltérően úgy írja le az alapjogi forradalmat, mint a szolgáltató-szellemi szektor harcát a termelő-vállalkozói tőkével szemben (idézi: Kennedy 1997:188).

3. Egy következő jellemzője a crit-ek jogfelfogásának az, hogy az állami elnyomó gépezet álcázásaként felfogott jogot, mint a leplezett ellentmondások halmazát ragadják meg. A felszínen megjelenő

zsinórmértékszerű bírói érvelések és döntések, melyek látszólag kényszerítően következnek az alkalmazott normákból, a crit-ek nézőpontja szerint csak látszat, mert ugyanarra a helyzetre eltérő jogelvek léteznek, és ezek szelektált felhasználásával a bíró tulajdonképpen a kedve szerint dönthet. Mindig azt vonja előtérbe a szemben álló jogelvek és jogi szabályok közül, amely az esetet az uralkodó osztály érdekei szempontjából teszi eldönthetővé, és a másik felmerülő döntési alap eltussolásra kerül. Ezzel ugyan a felszínen az örökkévalóságnak szóló jogelvek érvelésével fedik le a bírák a döntéseiket, de ténylegesen pusztá hatalmi-politikai döntések ezek. Például a lakásbérlo és a tulajdonos közötti vitában, amikor az utóbbi ki akarja tenni bérlojét, ott van a tulajdonos szabad rendelkezési joga tulajdona felett, míg a bérlo oldalán a szociális biztonsághoz való jog. A bíró azt vonja elő az eset eldöntéséhez, amelyiket akarja, ám az érvelése mindkét esetben örökérvényűnek tűnik, noha polárisan eltérő megoldást támasztanak alá. A crit-ek elemzéseinek tekintélyes része az ilyen ellentétes jogelvek és jogi szabályok feltárására irányult azzal a céllal, hogy kimutassák a joron belüli tetszőleges döntési lehetőségeket, és feltárják ezen keresztül a jognak az állami elnyomó gépezethez tartozását.

### 3.2. Kennedy baloldali-posztmodern jogelmélete

Duncan Kennedy a crit-ek mozgalmának '80-as évek végére bekövetkezett szétesése és új irányzatokban megjelenése idejére fokozatosan átgondolta elmélet kiinduló pontjait, és a kritikai jogászok gazdasági osztályharcra összpontosító marxista baloldaliságát tudatosan ütköztette a felbukkant posztmodern irányzatok kulturális küzdelmekre koncentráló jellegzetességeivel. A '90-es években megjelent résztanulmányai után, 1997-ben egy rendszeres monográfiában kísérelte meg kidolgozni egy baloldali/posztmodern jogelmélet alapvetését (Kennedy 1997). A kötet használhatóságát fokozza Kennedy kíméletlen őszintesége elemzései során, melyekkel a legnyíltabban szól mind a hagyományos baloldali-marxista jogi elemzések politikai motivációiról és következtetlenségeiről, mind a kulturális posztmodern irányzatok ugyanilyen jellemzőiről. Ha az olvasó nem ismerné korábbi vezető szerepét a crit-ek között, vagy mostani ambícióit egy baloldali/posztmodern jogelmélet kidolgozására, akár ezen irányzatok "leleplezéseként" is olvashatná elemzéseit. De tényleges magyarázatot elemzése nyíltságára inkább a "posztmodern tudat" maga adja. Mint kifejti, a baloldaliság igazság- és jogosság hitével szemben - amely az elnyomó állam és jog eltávolítása után elérhető e hit szerint - a posztmodern álláspont mindenféle igazsággal és jogossággal szemben szkeptikus. Nincs semmilyen objektíve igaz vagy jogos, és így a jog, a tudomány stb. kritikája nem egy biztos igazság, jogosság tudatának háttéréből történik meg az igazi posztmodern gondolkodó esetében. A posztmodernben így van egy beépített anarchizmus, nihilizmus, és egy önirónikus hangvétel saját pozícióival szemben is. (Richard Posner, aki sok éve Kennedy egyik fő vitapartnere, konstataulta egy cikkében, hogy Kennedy elemzéseinek egy tekintélyes része állandóan öniróniába hajlik, és nem lehet tudni, hogy mi az igazi álláspontja (lásd Posner 1993). Mélyen szántó elemzés esetén - és Kennedy kötete ilyen - azonban ez a látásmód egy sor olyan összefüggést tud felszínre hozni, melyek egy-egy paradigma mellé hívóként lecövekelő tudós esetén láthatatlanok maradnának.

*(Kennedy tudomány-felfogása)* A mi felfogásunk szerint a tudomány egy elkülönült funkcionális alrendszer és professzionális kommunikációs közösséget alkot, amely a modernizáció menetében elkülönült mind a mindennapi élet kommunikációs köreitől, mind a többi funkcionális alrendszertől (lásd Luhmann 1984; Pokol 1990). Kennedy három kommunikációs típust különít el a szellemi viták megértésére: 1. a hosszú távra tekintő ideológiai vitát; 2. a szokratikus, pusztán igazságra törekvő kommunikációt és 3. a "karhosszra tekintő" alkudozó vitát (Kennedy 1997:43-44). Az elsőben a fix társadalmi pozícióból fakadó támpontjai vannak a feleknek - ez különbözteti meg a szokratikus vitától - de átfogó-neutrális érvekkel igyekeznek érvelni a felek, reális eséllyel a másik fél táborából néhány résztvevő meggyőzésére. Vagyis ez univerzalizálja az érveket és a látásmódot. A "karhosszra tekintő" alkudozó érvelés ezzel szemben marad a partikuláris szemléletmódnál, nem kívánja áttéríteni a vitapartnereket, csak a tisztán szem előtt tartott ellentétes érdekek kompromisszumának bemutatásával igyekszik a számára leoptimálisabb pozíciót megszerezni. Végül a szokratikus vita absztrakt szintű, ám az ideológiai vitától eltérően kötetlen, pusztá igazságkereső szemléletmód és érskeresés jellemzi, amelyben nincsenek előzetes fix csoportkötöttségek (Kennedy 1997:44). Kennedy a ténylegesen lefutó szellemi kommunikációkban a szokratikus dialógusok lehetőségét kizárja, és átfogó szintű szellemi vitákra csak az ideológiai kötöttségű vitát tekinti realitásnak.

Egy más helyen úgy írja ezt le, hogy nincsenek átfogó-objektív reprezentációk a társadalmi valóság megragadására, csak különböző ideológiai táborok szerinti reprezentációk. Mindegyik ideológiai tábor igyekszik bővíteni azt a társadalmi kört, amely az ő reprezentációi szerint fogja fel a társadalmi valóságot, de látni kell, hogy ténylegesen nincs általános-objektív valóság: "Az én projektem a világ megváltoztatására egy ilyen reprezentáció, amely baloldali és kulturálisan modernista/posztmodernista" (Kennedy 1997:117). Implicite tehát Kennedy tagadja azt, hogy az egyetemi-akadémiai szférán belüli viták az elkülönült tudomány alrendszerének vitái lennének, és egy egységes ideológia-politikai szféra részének tekinti ezt, és ezen belül csak az ideológiai táborok elkülönülését fogadja el realitásnak - mindegyik nagyobb és nagyobb befolyásra törekedve a többi háttérbe szorításával.

Különösebb történelmi és összehasonlító elemzés nincs ezen állítás mögött, és általános érvényüként áll a kötetben, de más helyen jelzi, hogy az 1960-as évektől alakult ki az USA-ban egy olyan ideológiai médiaértelmezés, amelynek egy része egyetemeken, ezen belül jogi karokon oktató és professzor, és ezek nagy szerepet játszottak a jogra vonatkozó viták átpolitizálásában (Kennedy 1997:115). Ha túlmegyünk Kennedy elemzésein, és az angol illetve a kontinentális Európa jogtudományi köreivel vetjük össze Kennedy ideológiai jogászai értelmiség-képét, akkor láthatjuk, hogy itt az átpolitizálódás és az ideológiai harctérre változás nem ment úgy végbe, mint az Egyesült Államokban. Vagyis Kennedy amerikai valóságképe egy átpolitizálódott eltorzult jogtudományi kommunikációs kör általános helyzetnek feltüntetését jelenti. Általános diagnózisként tehát nem lehet elfogadni ezt, mint a modern jogtudományi viták jellemzőjét.

(Kennedy az alkotmányjogiasításról) Politikai harci eszközként elfogadja Kennedy az alkotmányos alapjogok előtérbe állítását, és rajtuk keresztül a bírói ítéletekre alapozott társadalmi változtatás stratégiáját. De posztmodern "mindent leleplezése" felszínre hozza szkepszisét az alapjogi forradalom híveinek érveivel szemben: "Baloldali jogászok és ilyen beállítottságú egyetemi professzorok folyamatosan olyan jogi elméleteket fejlesztenek ki - azért hogy a bírakat meghatározott irányba ösztönözzék - melyek keresztül vitelére még a törvényhozás liberális csoportjait sem tudják rávenni, nem is beszélve a törvényhozási többségről. Így válik a munkanélküliség érveikben - mivel így nem tudja hasznosítani munkaerő-tulajdonát - a munkás tulajdonának 'alkotmányellenes elvétele'. Az elmebetegség intézményi kezelése már eleve alkotmányellenessé minősül érveikben. A bíróságoknak garantálni kell ezen az úton a jóléti támogatások minimumát; jogot a megfelelő lakáshoz; megtiltani az Egyesült Államok katonai beavatkozását Nicaraguában; követelni, hogy az Egyesült Államok kártalanítsa az El Salvador jobboldali rezsimjének áldozatait, megtiltani az Észak-Amerikai Szabad Kereskedelmi Egyezményt és így tovább (Kennedy 1997:116-117). A baloldali szellemi vezér Kennedy "posztmodern öniróniája" elhárítja azt, hogy a konkrét szintű, balliberális alapjogi harcok pártos érveléseit komolyan vegye. Elméleti szintre emelkedve épp olyan elfogulatlanul veszti szemügyre ezeket az érvelési technikákat, mint a politikailag vele szemben álló konzervatív jogászai körök más technikáit is.

De nem csak leleplezi az alkotmányjogiasítás mögöttes politikai összefüggéseit, hanem átfogó szinten jelzi az ebbe beépített csapdákat is. Az alkotmányjogiasítás menetében ugyanis egyre több szituációra terjesztik ki az egyes alapjogokat, illetve kreálnak mind újabb és újabb alapjogokat, ám ezáltal az egyre sokasodó és tágabb hatókörű alapjogok egyre inkább egymással szembenálló párokba állnak össze az eseteket tömegessé válásával. Így egyre általánosabbá válik az a jelenség, hogy mindkét fél ügyvédje egyaránt "megtámadhatatlan" alapjogi érvelést tud a maga igaza mellett produkálni. "A következmény az, ha mindkét fél kiváló ügyvéddel rendelkezik, hogy a bírónak két egyaránt plauzibilis, de ellentmondó alapjogi érveléssel kell konfrontálódnia, egyik következik a felperes alapjogából, a másik az alperes alapjogából. Így például a tulajdonosnak vannak tulajdonosi jogai, de a sztrájkőrök a véleménynyilvánítás szabadságából vonják le a maguk igazát. Továbbá a szexuális molesztálónak minősített kifejezések használójának a szabad beszédhez való joga szemben áll a molesztált jogával, hogy szabad legyen a munkahelyi nemi diszkriminációtól. Továbbá a földtulajdonosnak joga van azt tenni földjén, amit akar, de a szomszédnak alkotmányos joga van arra, hogy szabad legyen az ésszerűtlen beavatkozástól" (Kennedy 1997:319). Ugyanis azáltal, hogy pl. a sztrájkőrök fellépését a tulajdonossal szemben úgy védték meg az "alapjogi forradalom" egy pontján a szövetségi bírák, hogy azt mint a véleménynyilvánítás kiterjesztését fogták fel, új dimenzióba vitték át ezt a jogot az eredeti kontextusból, és ugyanígy a többi felsorolt esetben is. E kiterjesztések nélkül, az eredeti kontextusokban még kevesebb ütközést adtak az alkotmányos alapjogok, de miután kiterjesztették

hatókörüket az ítéletek ezreiben lépcsőről-lépcsőre, szinte minden társadalmi szituációra, a korábbi kisebb mértékű probléma mindent elborítóvá vált.

Kennedy jelzi, hogy az alapjogi bíráskodás elterjedésének kezdetén az egyes alapjogokat eleve korlátozott terjedelemben fogták fel, és például Oliver Wendell Holmes főbíró e korlátok megjelenítésére igyekezett teszteket kidolgozni. Ám az alapjogi forradalom menetében az 1960-as évektől egyre inkább abszolút érvényüként fogták fel ezeket, és így az ütközések gyakorisága radikálisan megnőtt (Kennedy 1997:322).

Az alkotmányjogiasított bírói ítélkezésnek még egy manipulatív vonására rámutat Kennedy akkor, amikor jelzi, hogy a konkrét szabályokból, precedensekből következő érvelési láncolatba úgy kapcsolják be az alapjogi érveléseket, mintha ebből éppúgy kényszerítően következne egy konkrét következtetés, mint az esetre szabott szabályból és precedensből szokott következni: "A common law vagy a törvény értelmezésének kontextusában az alapjogok és az alapjogi érvelések beleolvadnak abba az értelmezési masszába, amely magába foglalja a precedenst, a törvényértelmezési kánonokat, az intézményi kompetenciát, az igazgatási érveket, valamint az általános morális érveket a felek magatartásának helyességéről illetve a szembenálló esetében annak helytelenségéről, továbbá a haszonelvű érveléseket a különböző értelmezések következményeiről és a jóléti elvekre való hátrányos vagy éppen pozitív kihatásokról. Mivel a 'jogok' szó általában szinonimaként használatos a 'szabályok' kifejezéssel, az egyik fél törvényi érdekével...." (Kennedy 1997:317). Jelezni kell ugyanis, hogy az amerikai nyelvhasználatban nem is "alapjognak" nevezik az alkotmányos jogokat - amely a magyar és más kontinentális európai nyelvhasználatban pedig bevett - hanem egyszerűen "jog"-nak ((right), így még inkább fel tudják venni a hagyományos pontos szabályok kényszerítő jellegét az így kifejezett ítéletek, még ha az absztrakt alkotmányos jogok a lehetséges döntések tömegét tették volna lehetővé a konkrét esetekben. De külön elnevezés mellett is lehet látni, hogy az alkotmányos alapjogokra épített érvelés úgy jelenik meg az alkotmánybírói döntésekben, mint ami kényszerítően nem is lehetett volna más. Mindenesetre az amerikai szóhasználat jobban elrejti nyelvpolitikailag is az alapjogi érvelés nyitottságát és tetszőlegességét.

(*Kennedy jogdogmatika felfogása*) Megfelelően annak, hogy Kennedy nem fogad el neutrális fogalmi-tudományos munkát és ilyen tudományos közösségeket, nem tekinti lehetőnek a neutrális jogdogmatikai kategóriarendszereket sem. A kialakult fogalmi rendszerek számára valamelyik ideológiai jogász csoport termékeinek jogba bevitelét jelentik, és megítélése szerint a hatalmi-politikai helyzetek változásával más és más jogász ideológiai csoport viszi be az ideológiai céljait tartalmazó fogalmi rendszerét a jogba: "Az alapvető magánjogi kódexek a XIX. századi liberalizmus ideológiáját tükrözik, melyeket briliáns jogászprofesszorok dolgoztak ki, és nem törvényhozási bizottságok. A modern szociális törvények koncepciókban nem összeegyeztethetők ezekkel, de ezek hasonlóképpen koherens ideológiát, a szociáldemokrácia ideológiáját tükrözik, amely válasz volt a hagyományos liberalizmusra, és ezeket szintén kiváló professzorok készítették el, akik mérsékelt baloldali hittel rendelkeztek" (Kennedy 1997:76). Ebben a megközelítésben a jogdogmatikai kategóriák semleges-rendszerező vonásai eltűnnek, és politikai ideológiák részeivé válnak mindenestől. Így azonban a jog beleolvad a politikába, és a bírói ítélkezés jogdogmatikai érvekre alapozása álcává válik, mivel ez ténylegesen politikai érveket takar. Ezzel szemben áll az a jogkoncepció, amely szerint a szabad politikai küzdelmek a jog belsejébe csak kétszeres transzformációval mehetnek át a jog és a politika között közvetítő jogpolitikai szférán keresztül (Pokol 2001). A jogdogmatikának ez a politikával való azonosítása - legalábbis az európai jogrendszerek működését illetően - hibásnak mondható, és inkább arra az amerikai átpolitizált, alkotmányjogiasított egyetemi jogász munkákra és érvelésekre illik, amelynek kritikáját Kennedy nagyon hatásosan adta meg.

### 3.3. A tudásszociológia mint kritikai fegyver

A társadalmi valóság értelmi felépítettségének gondolata a XX. század kezdetétől Dilthey, Husserl, Max Weber majd nyomukban Alfred Schütz elméletén keresztül terjedt el a társadalomtudományokban. Ennek alapgondolata úgy foglalható össze, hogy a társadalmi intézmények, normák stb. a társadalom tagjai által használt fogalmi tagolások révén kapnak életet, és ezeknek nincs a kommunikációs gyakorlaton túli élete,

"objektivitása". Ezt az alapgondolatot a XX. század első évtizedei után a különböző tudásszociológiai elméletek vitték tovább, majd az 1980-as évektől a "radikális konstruktivizmus" irányzatai már a természeti valóságra vonatkozó természeti okozati törvényszerűségeket és az ezekre vonatkozó ismereteket is tudásszociológiai teremtnyeknek tekintették, és ezektől is megvonták az objektív lét státusát.

A társadalmi valóság értelmi felépítettsége és az ember alkotta fogalmak általi tagoltsága - és folyamatos újra-tagolása - különösen szembeötlővé vált a XX. század második felétől a tömegkommunikációs eszközök kibomlásával, és rajtuk keresztül a bevett fogalmak, vélemények gyorsan végrehajtható tömeges átállítási lehetőségével. Ebből adódhatott némelyek számára az a következtetés, hogy az átfogóan használt fogalmi tagolások semmilyen létszerűséggel nem rendelkeznek, és tévedés vagy tudatos manipuláció, ha valaki ezeket mint objektív létezőket fogja fel. Ezzel a nézettel szemben azonban hangsúlyozni kell, hogy *bármennyire is egy-egy gondolkodó által alkotott egy-egy fogalom, egy norma, ha az elterjedt a széles társadalmi gyakorlatban, és milliók ezek szerint fogják fel a társadalmi valóságot, illetve viselkednek, akkor az egy társadalmi rögzítettséget nyer, és így létrelevanciával kezd rendelkezni.* A milliók valóságfelfogása persze átállhat később egy új fogalmi tagolásra, de ez - még a reflexívvé vált mai kommunikációs gyakorlatok mellett is - csak egy rövidebb-hosszabb idő eltelté után megy végbe, és addig az elterjedt fogalmi tagolás éppoly kemény létrelevanciával rendelkezik, mint egy fizikai valósággént figyelembe veendő dolog. Továbbá az elterjedt társadalmi-fogalmi tagolások átfogó társadalmi rendszerek és funkcionális alrendszerek részeivé is válnak, és bármelyikre irányuló átalakítási (újra-tagolási) kísérlet az átfogó rendszerek és alrendszerek stabilitását kezdhetik ki, és ellenreakciókat riadóztatnak az eközben létrejött feszültségek. Mindezek következtében tévesnek kell minősíteni azokat az elméleteket, melyek a társadalmi valóság értelmi felépítettségének felfedezéséből a társadalmi lét objektivitásának teljes tagadásáig jutnak el.

Mind a kritikai jogi tanulmányok elmélete mind az ebből kifejlődő posztmodern-kritikai jogelméletek felhasználták a társadalmi valóság konstruáltságát hangsúlyozó elméleteket, csak míg az előbbi ezt a hegeli-marxi elemzésekre visszanyúló *tárgyasítás* kategóriáira alapozza - a fiatal Lukács György és Jean-Paul Sartre munkái nyomán - addig a posztmodern-kritikai jogelmélet az azóta a tudományelméletben kibomlott radikális konstruktivizmusra. A különbség a kettő között egyszerűsítve úgy fejezhető ki, hogy míg a marxi tárgyasítás kategóriával csak az uralkodó eszméket - az államot, a jogot stb. - igyekeznek leleplezni, mint tudatosan "hamisított valóságképeket", addig a posztmodern radikális konstruktivizmusban már nincs egy "győzelemre juttatandó igazság", amely nevében a fennálló állapotokat és uralkodó eszméket kritizálják.

A kritikai jogi tanulmányok irányzatának dominálása idején, 1980-ban írta nagy hatású tanulmányát Peter Gabel "A jogi érvelés tárgyasításáról" címmel (lásd itt idézett második kiadását: Gabel 1996:17-43). A főbb gondolatait az alábbi idézetekkel lehet összefoglalni: "Az elnyomó gondolatok jellemzője jól kifejezhető a 'tárgyasítás' (reification) szóval, amely úgy érthető, mint az értelem eltorzításának egy fajtája a kommunikáción belül (...) mivel egy absztrakciót emelünk ki a konkrét milióból, azután tévesen úgy használjuk ezt az absztrakciót, mint egy konkrétat. Egy példa erre a jök ismert kifejezés 'a jog a társadalmi kontroll eszköze!', amely azt sugallja, hogy az éppolyan materiálisan létező, mint a egy kerítés. A tárgyasítás nem egyszerűen a torzítás egy formája, hanem inkább a tudattalan kényszerítés formája, amely egyrészt elkülöníti a kommunikált valóságot a tapasztalat valóságától, másrészt tagadja, hogy ez az elkülönítés végbemegy" (Gabel 1996:18). Csak kitekintésképpen kell megjegyezni, hogy Gabel itt még elismeri., hogy van egy "tapasztalati valóság" az eltorzított "kommunikatív valóság"-hoz képest, míg a későbbi radikális konstruktivista posztmodern gondolkodók már nem ismernek el semmilyen torzításmentes "tapasztalati valóságot", hisz ez is menthetetlenül (torzító) fogalmak révén áll elő.

Mindenesetre Gabel ezt az absztrahálást és vele a jogi kategóriák képzését, mint az "igazi" valóságot eltorzító ténykedést fogja fel. A torzító ténykedés célja pedig *az uralkodó osztály elnyomásának leplezése érdekében* a jogi fogalmak semlegességének és objektivitásának kidomborítása. A bíró - mondja Gabel - e fogalmakra támaszkodva hozza meg ítéleteit, és mint az igazság rendjét mutatja be azt, ami a valóságban a társadalom uralkodó csoportjainak elnyomó tevékenységét jelenti: "A bíró mint "legitimáló tudós" tárgyasítja a társadalmi világot, mintha ez objektív lenne, és ennek belső logikájából következne az ítélet" (Gabel 1996:34). Vagyis abból kiindulva, hogy a jogi kategóriák absztrakcióval jöttek létre, Gabel pusztá szubjektív alkotásoknak tekinti ezeket, és a bíró rájuk alapozó érvelését, mint az "objektivitás mímelését" ítéli meg.

Gabel tévedése kettős. Egyrészt az általa - és mindenki által használt - összes kategória ugyanígy absztrakcióval jött valaha létre, mint a jogi kategóriák, másrészt, ha széles gyakorlatban leülepedik egy kategória használata és az attól való eltérést, mint tévedést, nem-tudást stb. - spontán módon szankcionálnak, akkor az a kategória objektivitáshoz jut. Persze csak abban a fokban, ahogy a társadalmi valóságban valami létrelevanciával bírhat, és ebben az a mérőeszköz, hogy *milyen széles társadalmi gyakorlatban terjedt el, vált rutinná egy kategória használata.*

A kritikai jogi tanulmányok koncepciójában tehát a jogdogmatikai rendszer mint az elnyomó állam eszköze jön számba, amely a semleges rend és jogszolgáltatás látszatát állítja elő. És ehhez kapcsolódik az a tézis, hogy a jog maga is csak az elnyomás eszköze, és nem a társadalmi konfliktusok békés rendezésének eszköze.

Ezek a gondolatok különösen jól bírálhatók egy olyan társadalomnak a működési tapasztalataiból - mint amilyen Magyarország volt az állampárti rendszer évtizedei alatt - ahol valóban naponta-óránként beavatkozott a politikai hatalom a bírói ítéletekbe, illetve ezt félre tolva sokszor a hatalom közvetlenül döntötte el a konfliktusokat. Az egypártrendszerű diktatúrák megmutatták azt a társadalomszervezési zsákutcát, amelybe a tényleg közvetlenül átpolitizált jog juttatta a társadalmakat. A működő pluralista és piacgazdaságon nyugvó nyugatibb társadalmakban Gabel kritikája hitelre találhatott, de ahol évtizedekig tényleg hiányzott az elkülönült jog, politikai rendszer, gazdasági rendszer stb., és ennek napi tapasztalatait alaposan átélhették, ott egyszerűen hiteltelenné és túlzóvá válik ez a kritika. Miközben azt az igazságmagot el kell ismerni, hogy a semlegesen érvelő bírói döntések és a jogi normák, jogi kategóriák mögött vannak - hosszabb távon ható - politikai elfogultságok, De ez még nem hozza létre a jog politikai rendszerbe való beolvadását, mint ahogy a kritikai elméletek állítja.

## 4. A szándékkutató és a textualista jogelmélet

Másfél évtizedes dominálás után az 1970-es évek közepére megtorpant az Egyesült Államokban az alapjogiasított bírói ítélkezés, a közvetlenül az alkotmányra hivatkozó eseti jogszolgáltatás terjedése, majd az 1980-as évek közepétől erőteljes visszaszorításra került ez. Ezzel párhuzamosan két, egymást hol támogató, hol versengő jogfelfogás és jogértelmezés vált meghatározóvá az amerikai bíróságok gyakorlatában, most zárójelbe téve a szórványosan felbukkanó gazdasági jogfelfogás behatását. Az egyiket *szándékkutató* jogértelmezésnek, a másokat *textualistának* nevezhetjük. Nézzük meg ezek belső összetevőit, belső irányzatait, illetve a két jogértelmezés egymáshoz való viszonyát.

### 4.1. A szándékkutató jogértelmezés térnyerése

Az alapjogiasított ítélkezés visszaszorítását közvetlenül ez az irányzat kezdte el az 1970-es évek elejétől, és az elmúlt évtizedekben több belső irányzatra bomolva hat az amerikai jogéletben. "Originalism", "intentionalism", "purposivism" jelzők alatt futnak az irányzat különböző csoportosulásaiából kialakult táborok, de időbeli elcsúszással ugyanazok a jelzők egy idő után más tábornemegosztlást jelölnek (lásd Fruehwald 2000:976). Nézzük meg ezért az egyes tábornemegosztlások és elnevezések belső összetevőit.

Az "originalizmus" jelzést és az ez alatti csoportosulást közvetlenül az alapjogiasított ítélkezés tagadása hívta életre, és ennek a tényleges alkotmánytól elszakadását támadta. Ez az elszakadás mind az alkotmány szövegétől, mind az alkotmányt készítő eredeti szándékától való eltávolodást jelentette, oly módon, hogy egy-egy absztrakt alkotmányi formulára támaszkodva a szövetségi legfelsőbb bírág egy sor alkotmányi rendelkezést maguk alkottak meg. Így az alkotmányosított bírói ítélkezés évtizedei

utáni időkre mind szövegében, mind az alkotmányozók eredeti szándékait illetően egyre inkább csak pusztán hivatkozási alappá vált az amerikai szövetségi alkotmány. Az originalizmus ezzel kívánt szakítani, és mind az alkotmány írott szövegét, mind az eredeti alkotmányozói szándékot a középpontba kívánta emelni az időközben bíróilag alkotott alkotmányi átértelmezésekkel szemben.

Látható tehát, hogy az originalizmus két irányba is nyitott, a szöveghűség felé és az alkotmányozók és a törvényhozók eredeti szándéka felé is. A későbbiekben ebből vált szét a szándékkutatók és a textualisták tábor, de ennek menetében a szándékkutatók irányzatán belül is két, eltérő irány bontakozott ki: az intencionalisták és velük szemben a "purposivist" irányzata (Colinvaux 1997). Míg az intencionalisták az adott törvényt alkotó képviselők bizonyítható szándékát helyezik a középpontba, addig a "purpozivisták" a törvény átfogó céljait, és csak ezen keresztül, ennek alárendelten tekintik mérvadónak a képviselők szubjektív szándékait, melyek megnyilvánultak az adott törvény parlamenti vitáiban. A tényleges gyakorlatban azonban egy sor torzulás kezdett kibontakozni a szándékkutatás mindkét verziója tekintetében, ami végül hozzájárult a szándékkutató értelmezés nagyfokú hitelvesztéséhez és ezzel a textualizmus felemelkedéséhez.

Az egyik ilyen torzulást jelentette, hogy a törvényhozók szándékait tartalmazó törvényelőkészítési anyagokat (plenáris ülési jegyzőkönyveket, bizottsági ülési összefoglalókat stb.) szelektíven és célzatosan kezdték használni a bírák. A saját értékei által előre meghatározott ítélet kialakítására törekvő bíró a "clerc"-jeivel (asszisztenseivel) átnézi a nagytömegű jegyzőkönyvet az adott törvény kongresszusi vitáiról, kikerestetve azokat a megnyilvánulásokat, melyek az ő értelmezéséhez illeszkedő szándékot valószínűsítene. Ezután ezt emeli az ítélete középpontjába, és a törvényi rendelkezés szövegével alig foglalkozva, mint a törvényhozó evidens szándékra alapozza ítéletét. Ennek példaként lehet felhozni 1987-ből Brennan-nak, a szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírájának egy különvéleményét, amely nem is érintve a törvényi rendelkezés szövegét, rögtön a politikailag hozzá közeleső Humphrey szenátor szavaival indít, melyben a szenátor vázolta, hogy szerinte mit a tárgyalt törvény fő célkitűzése, és Brennan bíró - a törvényt szövegét lényegében félretelvet - döntően erre támaszkodva mondta ki az adott ügyben az ítéleti álláspontját (lásd Parmet 2000:55). Ez a fajta manipulálás a szűkebb, intencionalista verziónál is lehetővé teszi a szövegben lefektetett értelemmel szemben a bíró saját preferenciáinak érvényesítését az ítéletben, hisz a plurális törvényhozási gépezet folyamatában az albizottsági, a bizottsági és a plenáris ülési vitákban mindig lehet találni a bíró politikai mértékeivel egyező véleményt, de még nagyobb a bíró elszakadásának a szabadsága a "purposivism" irányzat esetében. Ez utóbbi ugyanis átfogó célt csúsztat a szöveg mögé, valamilyen fokban egy képviselő, egy szenátor általánosabb fejtegetéseiből kiemelve, és ezzel szinte tetszése szerint fordíthatja át a szövegszerű értelmet. Ezért nem véletlen, hogy azok a jogászprofesszorok és szövetségi bírák, akik korábban mindig az alkotmányos alapjogokhoz nyúltak vissza az ítéleteikben (vagy ezek előzetes jogtudományi vitáiban), az alapjogiasított ítélezés visszaszorulása után inkább a "purposivist" irányzat jogértelmezését preferálták. Így érthető Brennan bíró, az alapjogiasítás korábbi fő támogatójának előbb idézett véleménye is.

A szándékkutatás domináló jogértelmezéssé válása azonban újfajta torzulásokkal tetézte az előbb vázoltakat. Az új törvények parlamenti vitáiban ugyanis egyre inkább megjelentek azok a lobbisták, akik - megelőlegezve az adott törvény későbbi bírói alkalmazásához az "eredeti szándék" kutatását - célzatos felszólalásokkal a bizottsági és a plenáris üléseken már eleve meghatározott értelmezések és érdekek felé igyekeztek kinyitni ki az adott törvényt. Vagyis ily módon, noha a törvény szövegébe egy-egy lobbista vagy a képviselők egy kis lobbizó csoportja nem képes bevinni a mögöttes érdekcsoport kívánalmait, de átfogó célkitűzések sugalmazásával és ezek többszöri elmondásával a különböző törvényelőkészítési vitákban, "preparálják" a jövőbeni törvényt a vele szimpatizáló bírák számára. A mögöttes érdekcsoport ügyvédei pedig pontosan nyilvántartják a lobbista képviselőjük megrendelt felszólalásainak jegyzőkönyvi szövegét, és perlés esetén a releváns törvényi szöveg mellett a fő helyre ezt teszik (lásd Busse 2000:889-890).

Ezekkel a manipulációkkal a szándékkutató jogértelmezés, mind az intencionalista, mind a purpozivista verzióiban, ugyanabba a zsákutcába jutott az 1980-as évek közepére, mind korábban az alapjogiasított ítélezés. Míg ez utóbbi az alkotmányba olvasott bele politikailag célzatosan abban

soha nem lévő “alapelveket”, alapjogokat”. “alkotmányi célokat”, addig ez az irányzat a törvényelőkészítési anyagok szelektált és manipulatív felhasználásával jutott ugyanoda, a hitelesség elvesztéséhez. Ez a fejlemény jelentette a textualizmus felemelkedésének hátterét.

A szándékkutatás lehanyaglását statisztikai adatok szintjén is kimutatták az empirikus elemzések, felmérve a szövetségi Legfelsőbb Bíróság döntéseiben a törvényhozási előtörténetre (legislative history) vonatkozó hivatkozások számának alakulását (lásd Vermeule 2000:44). Maga a jelenség, a törvényelőkészítési anyagokra való visszanyúlás, idegen volt a hagyományos amerikai bírói gyakorlattól, folytatva az angol hagyományt ezen a téren, és csak szórványosan jelent ez meg a XX. század első évtizedei után is. Nagyobb gyakoriságot csak 1947-től ért ez el, miután a New Deal folyamán már jelentősen megnőtt a törvényi jog aránya a common law precedensjoga mellett. Ebben az évben már egy-egy legfőbb bírói döntésre átlagban két és fél törvényelőkészítési anyagokra hivatkozás esett. Ez az alacsony szám megmaradt az 1970-es évek elejéig, ám 1973-ra hétért nőtt az egy döntésre eső hivatkozások száma, majd a '80-as évek elejére 12-13 hivatkozás volt az átlag, majd a csúcst 1985-ben 16,5 jelentette. Ekkor lépett be Antonin Scalia a legfőbb fórum bírái közé – és diszkreditálódott időközben a leírt módon a “preparált” törvényelőkészítési anyagokra való hivatkozás gyakorlata – és 1986-ra már 8,5-re esett a hivatkozások száma, majd a '90-es években folyamatosan csökkenve 1997-re már ismét csak 2,5 volt ez (Vermeule 2000:45). A többi, alacsonyabb szintű bíróság pedig rendszerint több-kevesebb fokban követi a legfőbb bírói fórumtól kiinduló értelmezési eltolódásokat.

#### A textualizmus térhódítása

Mint látható volt, az “originalizmus” néven futó irányzatban eleve benne volt a szöveghűség, a textualizmus mozzanata, ez azonban alárendelt maradt az eredeti törvényhozói (alkotmányozói) szándék középpontba emelése mellett. Antonin Scalia legfőbb bírói kinevezése indította meg a textualizmus térnyerését, aki a szándékkutatás már vázolt hitelvesztése mellett azzal is sikert tudott elérni, hogy a korábbinál biztosabb alapot tudta helyezni a textualista jogfelfogást. (A Scaliával induló “új formalizmust” kitűnően elemzi az interneten közzétett új tanulmányában Thomas C. Grey, amire - miután jelzi a tanulmány elő-fogalmazvány jellege miatti idézési tilalmat - csak fel tudjuk itt hívni a figyelmet). A szövegpozitivizmus fő gyengéje hagyományosan a szövegben használt szavak többértelműségéből adódik, amely lehetővé teszi, hogy a bíró a politikai értékei szerint célzatosan válassza ki az egyes szavak, illetve kontextusba ágyazáskor az egész kontextus általa kívánatosnak tartott értelmét a politikai értékei által diktált ítéletnek megfelelően. Scalia ezt a gyengeséget kívánta eltüntetni, amikor a szavak általánosan használt értelméhez (“ordinary meaning”) igyekszik kötni a bírakat, és kétség esetén az ebből eredő teszthez köti állásfoglalásaikat. Kissé egyszerűsítve ez így szól: *érthette általában az utca embere az adott kifejezést úgy, ahogy a bíró érteni kívánja azt ítéletének kialakításakor?*

E textualizmus megértésére jó példát ad Scalia egy különvéleménye az egyik, szövetségi Legfelsőbb Bíróság által eldöntött ügyben. Egy választójogi törvény egyik rendelkezése volt a vita tárgya, amely a manipulált választási lefolyás esetén a képviselői mandátum megsemmisítését tette lehetővé bírói úton. Mivel a tagállami szinten a bírakat is sok helyen választják, éppúgy mint a törvényhozás képviselőit, felmerült a kérdés - és ez volt a jogi vita lényege az adott ügyben – hogy a bírói megbízás megsemmisítését is kérni lehet-e az adott törvényi rendelkezés alapján? A törvény szövege ugyan a “representatives” (képviselők) kifejezést használta, de Scalia bírótársa, Breyer bíró úgy érvelt, hogy a kinevezettekkel szemben minden, választással pozícióba kerülő képviselőnek tekinthető, hisz maga a választás ténye azt jelenti, hogy a választók nevében jár el a megválasztott. Ha pedig a bírót választják, akkor egy választásokra vonatkozó törvény szóhasználatában őt is képviselőnek kell tekinteni. Scalia ezzel szemben úgy érvelt, hogy ha valakit megkérdezzük az utcán, vajon beleérti-e a képviselő fogalmába a bírót, akkor nyilvánvalóan azt feleli, hogy nem, és általában a rendes nyelvhasználat nem érti bele a képviselők körébe a bírakat (lásd Colinvax 1997). Ha a törvényhozó be akarja venni a bírakat ebbe a körbe, akkor a “representatives” mellett külön kell említenie a bírakat



is, mert az általános nyelvhasználat ezt követeli meg. Scalia tehát azon az állásponton van, hogy bár a kifejezések, a szavak sokszor többértelműek, de ha szilárdan ragaszkodunk ahhoz, ahogy az utca embere az általános nyelvhasználatot követve érti a vitatott kifejezést, akkor megbízható, szilárd támpontot kapunk a bírák törvényhez kötöttségéhez.

Ezt az álláspontját következetes alkalmazza Scalia már sok éve a bírói munkájában, és ez a következetesség, együtt az egyes véleményeiben felbukkanó racionális ítéleti eredménnyel, a textualizmust az amerikai jogi élet vitatott, de pozitívan fogadott felfogásává tette. Egyrészt átveszik más bírák is a textualizmus Scalia által kifejlesztett verzióját, másrészt legalább más módszer mellett jobban előtérbe emelik a szöveg általános értelmével való foglalkozást is, míg korábban sokszor háttérbe szorították a szövegszerű értelem keresését a bíró által megtalálni vélt "általános törvényi cél", vagy az alkotmányos alapjogokból kiolvasni vélt döntési támpontok mellett. Mint a szándékkutató intencionalisták dominálása idején kitalált aforizma jól visszaadta karikírozva a szöveghez való viszonyulást: "A törvény szövege akkor kerül bevonásra az értelmezésbe, ha a törvényelőkészítő anyagok homályosak!" Nos ez az, ami döntően megváltozott Scalia színre lépésével, és a törvénysszövegek értelmének szerepe nagymértékben növekedett azóta.

Hogy mennyire iránymutató tud lenni a szavak általános értelméhez és az általános használathoz kötés a vitatott helyzetekben, azt kitűnően mutatja egy 1993-as legfőbb bírói fórumon hozott döntésben Scalia különvéleménye is. Egy büntető ügyben vált vitássá egy büntetőjog rendelkezésnek az a szóhasználat, amely a kábítószer kereskedelem esetén súlyosabb büntetéssel kívánta sújtani az elkövetőt, ha a drogügylet lebonyolítása során tűzfegyvert viselt az elkövető. A vitatott esetben arról kellett döntenie a legfőbb fórum bírának, hogy - miután a vádlott meghatározott adag kokain ellenértékéért egy pisztolyt adott cserébe - ez megalapozza-e a súlyosabb büntetés kiszabását? A bírák többsége úgy döntött, hogy itt szövegszerűen nem lehet mást kiszabni, mint a súlyosabb büntetést, de Scalia a szavak általánosan használt értelmet szem előtt tartva másként foglalt állást. Itt ugyanis a cseretárgyként használták a töltetlen pisztolyt, az általános értelem szerint pedig a pisztoly fegyverként használatát követeli meg ("to use a gun"), és így a cseretárgyként való használat nem alapozhatja meg a súlyosabb ítéletet (Scalia 1997:23).

Fontos összetevőt jelent Scalia jogértelmezésében a törvényalkotó szándékának korlátozott figyelembe vétele. Elismeri ugyan ennek fontosságát, de - épp az ezzel való manipulációk elterjedése miatt - csak akkor engedi meg ennek bevonását az értelmezésbe, ha az adott törvény szövegében is kifejezetten megjelenik. Ugyanis csak a törvény szövege megy át a teljes törvényalkotói mechanizmuson, vitatják meg minden szavát, nyújtanak be módosító javaslatokat a szöveg egyes részeihez, akár egyes szavak, kifejezések kicseréléséhez. Így, amit végül a törvényhozási többség végül elfogad, és a végrehajtó hatalom fejeként az Egyesült Államok elnöke aláír, az jelenti a politikai konszenzusok eredményét. Ami csak elhangzik az egyes képviselők szájából a bizottsági és a plenáris üléseken, az ugyan kisebb-nagyobb vitát, egyetértést kiválthat, de nem kerül rendszeres, konszenzust leellenőrző vizsgálat alá. Scalia-nál így az originalizmus mindkét összetevője - a szöveghűség és a törvényhozó eredeti szándéka - jelen van, de mindkettő a szövegre koncentráltan kap fontosságot.

A törvényalkotó szövegbefoglalt szándékának fontosságát jelenti az is Scalia bírónál, hogy bár első lépésben mindig a vitatott szó, kifejezés általánosan használt értelméből indul ki, de ha a szövegben talál olyan jelzéseket, melyek rögzítik, hogy a törvényhozó most más értelemben kívánta használni azokat, akkor ezt tartja irányadónak (lásd Scalia 1997:17). Hogy a már említett példánál maradjunk, ha a jelzett választójogi törvény egy mondatban utalt volna arra, hogy a "representatives" (képviselek) szó alatt itt a választott bírakat is érteni kell, és rájuk is vonatkozik a manipulált választás esetén a hivataluk megszűnésére vonatkozó perlési lehetőség, akkor Scalia nem a "képviselek" szó általános értelméből indult volna ki, amely kizárja innen a bírakat, hanem a szöveg felhívása szerint belefoglalta volna őket is.

Egy másik oldalról mutatja Scalia textualizmusának összetevőit William Eskridge és Guido Calabresi felé gyakorolt kritikája. E két jogászprofesszor - az utóbbi egyben szövetségi fellebbezési bírói is - egy "dinamikus" jogértelmezési elméletet dolgozott ki (lásd Eskridge 1996; Calabresi 1982). A

“dinamikus törvényértelmezés” lényege abban áll, hogy a bírák kiemelik a szövegből az alapul fekvő törvényi célokat, és ezután eltekintve a törvényi szöveg konkrét iránymutatásaitól, maguk konkretizálják az eléjük kerülő eseti vitákban, hogy milyen ítélet felel meg a legjobban e törvényi céloknak (lásd Fruehwald 2000:978). A dinamikus értelmezés híveinek egyik érve a bírák törvénytől való elszakadásának védelmére az, hogy a bírói kar jobban védve van a partikuláris érdekcsoportok befolyásával szemben, mint a törvényhozók, ezért inkább a bírák vannak abban a pozícióban, hogy a közjót szem előtt tartásuk. További előnye a bírói szabadságnak – érvelnek -, hogy az idők változásából adódó új körülményeket rugalmasabban tudják a napi ítélkezés folyamán figyelembe venni, mint a kevésbé rugalmas törvényhozási gépezet. Scalia a legélesebben szemben áll ezzel a felfogással, és mint a demokratikus államrendszer alapjainak támadását ítéli ezt el (Scalia 1997:43). A körülmények változásával létrejövő új igényeket, társadalmi-politikai konszenzusokat nem a bírák tudják “intuitíve” észlelni, hanem a választáson megméretkező parlamenti többség törvényhozási gépezete.

A megértés szempontjából fontos annak kiemelése, hogy Scalia a bírának a törvényi jog felé irányuló értelmezésére fejt ki elméletét, és ezt mindvégig elhatárolja a bírának a common law precedens joga vonatkozásában kifejtett értelmezésétől. Ugyanis - legalábbis az Egyesült Államokban - a common law vonatkozó precedenseit szabadabban értelmezhetik a bírák, kiemelve a vonatkozó precedensekből az “irányító” rációt, a döntési támpontot. Scalia ugyan általában ellenségesen áll a common law szabályozási technikájához - egyetértő szavakkal ecsetelve a XIX. század közepén az Egyesült Államokban kibontakozott kodifikációs mozgalmat, amely végleg le akarta szakítani az amerikai jogfejlődést az angol common law technikájától - de realitásnak fogadja el a magánjog egyes részein fennmaradt bírói jogalkotási technikát (Scalia 1997:16-49). Ám élesen szemben áll azzal, hogy a bírák a common law jogi részben megengedett értelmezési szabadsággal közeledjenek a “statutory law”, a törvényi jog szabályaihoz is. Különösen az alkotmány értelmezése tekintetében tartja ezt az átvitelt veszélyes tendenciának, mivel ezzel a bírák - főként a szövetségi bíráskodás csúcsain - az osztársadalom vezérlésének alapvető döntéseit kezdik magukhoz ragadni: “Az “Élő Alkotmány” gondolatának népszerűsítése a jogászprofesszorok és a bírák egy csoportja által a common law bírói szabadságát igyekeznek megadni az alkotmány értelmezésében is. Ennek értelmében az alkotmány egy olyan jog, amely “...növekszik, és változik időről-időre azért, hogy a változó társadalom szükségleteihez illeszkedni tudjon. És a bírák azok, akik meghatározzák ez alapján a jogot” (Scalia 1997:38). Ehhez Magyarországon csak a “Láthatatlan Alkotmány” eszméjének ezzel való rokonságára kell felhívni a figyelmet, amely irányította a hazai alkotmánybíráskodás első éveiben időnként az alkotmánybírák többségét.

#### 4. 3. Scalia textualizmusának értékelése

Antonin Scalia magas hivatala az USA szövetségi Legfelsőbb Bíróságban és e testület nagy szerepe az amerikai társadalom életének meghatározásában állandó közszereplést biztosít számára, és a közvélemény és a jogászság állandó figyelme övezi megnyilvánulásait. Ezt a súlyt még fokozza az a tény is, hogy az 1990-es évek elejétől - a liberális Brennan bíró kiválása óta - Scalia egy olyan konzervatív többség fontos tagja is kilencfős legfőbb bírói fórumban, amelyben sokszor öt bíró négy ellenében hozza meg döntéseit a társadalom alapvető kérdéseiben. Érvelései és jogfelfogása így óriási hatást gyakorolnak a jogászságra és a közvéleményre.

E hatás megértéséhez azonban látni kell azt is, hogy mélyebb szinten egy több mint negyven éve zajló vita folyik az Egyesült Államokban a társadalomalakítás két módja között. Az egyik szerint, amely a hagyományos demokrácia elméletéhez kapcsolódik, a nép által megválasztott képviselők és szenátorok többségi döntéseivel meghozott törvényekkel kell meghatározni a társadalmat, a másik szerint - amelyet azok a politikai erők támogatnak, akik képtelennek érzik magukat arra, hogy politikai többséggé váljanak - a “felvilágosult bírák” progresszív döntései tudják ezt inkább megvalósítani. Az Earl Warren vezette legfőbb bírói fórum - miután a aktivista bírói társadalomalakítást ellenző Felix Frankfurter kivált a testületből - az 1960-as évek elejétől beindította a szövetségi alkotmány szabad értelmezésén nyugvó “alapjogi forradalmat”, és az ezzel szimpatizáló liberális demokrata elnöki

adminisztrációk segítségével ebbe az irányba átalakított szövetségi bírói kar minden kötöttségtől elszabadulva ítélkezett, mind az alkotmány, mind a törvények írott szövegét háttérbe szorítva (lásd Epp 1998; Scheingold 1998). A törvényhozásban - a kongresszusban és a tagállami törvényhozásokban - gyengébb, de a szellemi-média körökben nagy fölényben levő liberális-demokrata politikai erők a közvélemény előtt a progresszió diadalaként ünnepelték ezt a fejleményt, és a "formalista" szövegű ítélkezést, mint "betűragó" ("black-letter lawyering") jogászcodást mutatták be. Mint láttuk, már a maga az originalizmus is szembe kívánt fordulni ezzel az aktivista bírói politizálással, de a szándékkutató irányzat jelzett lehetőségeit kihasználva egészen az 1980-as évekig a szabad bírói döntés élharcosainak számító "konstitucionalisták" az új módszerrel változatlanul tovább tudták vinni a törvényektől való elszakadásukat.

Ez volt az a mélyebb küzdelmi szint, amelybe berobbant Antonin Scalia következetes textualizmusa, és az elmúlt, majd húsz év bírói tevékenysége és számtalan bírói véleménye, különvéleménye révén meghatározóvá tudott válni az amerikai jogéletben. Mint itthon, Magyarországon is látni lehetett az 1990-es évek elején, az alkotmánybíróági aktivizmus elleni szélesebb nyilvánosság előtti érvelés egy ideje után, maguk a legharcosabb aktivista alkotmánybírák is végig gondolták az érvek hatása alatt a korábban büszkén vállalt aktivizmusukat, és nagyobb hangsúlyt tettek a kötöttebb érvelés prezentálására. (Lásd ehhez legújabban a közép-európai alkotmánybírói aktivizmusokat elemezve Boulanger 2002). Antonin Scalia következetes ragaszkodása a textualizmushoz, és a szavak, kifejezések általános használat szerinti értelmezés (ordinary meaning) közvélemény előtt is meggyőző eredményei miatt az elmúlt évek alatt tendenciaszerűen kötöttebbé és törvényszöveghez hűségesebbek lettek a bírói döntések az Egyesült Államokban (lásd Fruehwald 2000).

Az aktivista bíraskodással szembeszálló, de a jelzett okok miatt félrefutott szándékkutató jogfelfogás és jogértelmezés után sikert így Scalia textualizmusa ért el, és ezzel a mélyebb szintű küzdelmet az aktivisták és a törvényhozáshoz hűségesekek között át tudta fordítani az utóbbiak javára. A politikai pluralizmuson, választásokon és többségi törvényhozásra épülő demokrácia nem kerülhető meg. Aki belülről ismeri ezt a gépezetet – és az empirikus politikai szociológiai kutatások a lobbik tevékenységéről, az újraválasztást mindenek felé emelő képviselők motívumairól stb. ezt már alaposan feltárták – az már nem fogja a felvilágosodáskori naivitással és pátoosszal nézni a képviseleti törvényhozást. De a törvényalkotás gépezetének számtalan egyeztetése a különböző politikai erők és főként a mögöttes szakapparátusok között, még mindig inkább biztosítja egy átfogóbb akarat felé közeledést, mint azt az aktivista jogászprofesszorokra, bírákra és véleményformáló szűk körökre épülő "progresszív" alkotmányi társadalomirányítás lehetővé tenné.

Scalia textualizmusa tehát ezen a mélyebb szintű jogi-politikai küzdelemben egyértelműen pozitívan értékelhető. A jog egészének tudományos megalapozottságú felfogását illetően azonban két szempontból kritikával lehet élni vele szemben. Az egyik a *jogdogmatikai kategóriarendszer figyelmen kívül hagyását jelenti textualizmusában*. Igaz, hogy ez textualizmus a törvényi jogra és nem a common law-ra vonatkozik, és a jogdogmatikai kategóriarendszer inkább az utóbbi által szabályozott magánjogi területeken fontos. De azért egy sor törvényi jogi területen is (pl. a büntetőjog) erős a jogdogmatikai kategóriák szerepe, ezek pedig csak jelzésszerűen jelennek meg a törvények szövegében, és a teljes kibontásuk - egy sor szembenálló verzióban - a mögöttes jogtudományi monográfiákban található. A jogdogmatikai kategóriák esetében pedig nem lehet egyszerűen egy általános használatot (ordinary meaning) feltenni, itt a jogtudósok konszenzusa dönti el, hogy mit kell e fogalmak alatt érteni. (A németek ezt fejezik ki az "uralkodó vélemény", "herrschende Meinung" kifejezéssel). A teljes jogot szem előtt tartva tehát nem tekinthetünk el a jog dogmatikai rétegétől, és ezt nem foghatjuk bele teljesen a jog szövegrétegébe (lásd részletesen ehhez: Pokol 2001).

Egy másik kritikával lehet élni a törvényszövegeket konkretizáló bírói precedensjogi réteg kiszorítása miatt a textualista jogfelfogásból. Scalia ugyan a legfőbb szinten bíraskodva megteheti, hogy figyelmen kívül hagyja a korábbi precedenseket, hisz ő bírói fóruma jogosult a legfelsőbb szinten a korábbi bírói precedensek "felülbírlására" (overruling). E mellett épp a jelzett mélyebb szintű küzdelemben, egy negyven évig tartó "elbirtokolt" bírói hatalommal szemben igyekezett Scalia visszatérni a törvényszövegek eredeti értelméhez, így a törvényszöveg precedensek által nem torzított

értelmét igyekszik mindig kibontani. Azonban, ha lejjebb megyünk a bírói hierarchián, akkor aggályosnak kell tartani azt, hogy bármely bíró, a sokezeres amerikai bírói karból, csak a törvénytörvényhez lenne kötve, és az ezek által nyitva hagyott jogi dilemmákat kötetlenül, saját fejéből kiolvasva eldönthetné – az ország egyik városának bírása így, a másik városának bírása úgy. Az egységes bíráskodás fontossága egy országban megköveteli egy-egy törvényhely eseti eldöntésénél az egységes döntési irányt, ez pedig csak a felsőbírósági precedensek kötelező erejének elismerésével lehetséges. Ha tehát túllépünk Scalia amerikai jogpolitikai küzdelmek által meghatározott pozícióján és a jog átfogó szintjéről vizsgáljuk meg a textualizmust, akkor a jog dogmatikai rétege mellett a konkretizáló bírói precedensjog rétegét is be kell emelni a jogba. Scalia új hangsúlyát kiemelve azonban a bírakat erősebben kötni kell precedenseik létrehozatalakor egy-egy törvényhely értelmezésénél a szöveg által használt szavak és kifejezések általánosan használt értelméhez.

Összegezve meg lehet állapítani, hogy a modern jogrendszerek többrétegűségének koncepciója megtartható Scalia textualizmusának értékelése után is, de a szövegréteg fontossága a többihez képest erőteljesebben hangsúlyozandó. Dworkin “Taking Rights Seriously” tézisét átfordítva ma Scalia üzenete bír fontossággal: vegyük komolyan a törvények szövegét!

## **Harmadik Rész: Jogszociológia**

A jog a társadalom része, így a jog átfogó elmélete nem lehet más mint a jog társadalomelmélete. Ebből következően az előző fejezetek is tartalmaztak egy sor olyan fejtegetést és elemzést, melyek egy normatívabb síkon mozgó jogelméleti beállítódás szerint már a jog szociológiájába tartoznak. Így a jogi oktatásra vonatkozó elemzések vagy a jogászság belső csoportjai és a jogrendszer működése közötti összefüggések elemzése tartoznak első sorban ezek közé (lásd az I. fejezet erre vonatkozó részeit). A következő részek azonban tudatosabban azokra a témakörökre irányulnak majd, melyek a jogszociológiai kutatások és viták legbevetettebb témaköreinek számítanak. Ezekkel a fejtegetésekkel teljesebb lehet a jogrendszerek felépülésének és működésének elemzése.

### **IX. fejezet**

#### **A jogszociológia szemléletmódja és kialakulása**

##### **1. A jogszociológiai szemléletmód**

A jog - funkcióját tekintve - normatív előírásokat ad az emberi magatartások meghatározására, vagyis meghatározott magatartásokat megtilt, másokat pedig lehetővé tesz egy-egy szituációban. A joggal foglalkozó tudományok alapvető feladata így abban áll, hogy az egyes normatív előírások közötti értelemi összefüggéseket tisztázza, és lehetővé tegye ezáltal, hogy a sok ezer és tízezer jogi norma között ne legyenek értelmi ellentmondások. Csak ez teszi lehetővé, hogy a mindennapi életben a követendő jogi normák betöltsék funkciójukat, és a jogbiztonság ne legyen veszélyeztetve. A tételes jogtudományok egy-egy jogág belső értelemi összefüggéseit biztosító jogi fogalmi készletét elemzik, fejlesztik tovább, és az egyes élethelyzetekre szükséges jogi normák ezekkel való összhangját ellenőrzik folyamatosan. Ezentúl - az egyes jogfelfogások szerint eltérő fokban - a tételes jogi normák és a jogi fogalmak átfogó igazságossági elveknek megfelelését is bevonják a nézőpontba. Ez a szemléletmód tehát a normatív értelemi összefüggések

dimenziójában mozog. Átfogóbb szinten ugyanezt teszi a jogfilozófus is, amikor - eltekintve a tételes jog elemzésétől - az igazságosság elveinek tartalmával, ezek egymáshoz való viszonyával foglalkozik, és ebből kiindulva követelményeket állít fel az igazságos jogrendszer feltételeire nézve.

A jog azonban - funkciójának normatív dimenzióban ellátása mellett - ugyanúgy társadalmi jelenség, mint a többi társadalmi funkciót ellátó tevékenységi szféra, a gazdaság, a művészet, a tudomány, a politika stb., és éppúgy vizsgálható minden jogi jelenség a ténytudomány oldaláról, mint a többi társadalmi jelenség. Ez a jogszociológia szemléletmód lényege, és a tételes jogtudományok, illetve a jogfilozófia szemléletmódjával szemben, mint a társadalmi ténytudomány és az okozatiság illetve a hatások szempontjából való elemzés területét lehet megfogalmazni. Például míg a polgári jog tételes jogági tudománya egy zálogjogra vagy a kezességre vonatkozó jogi szabályozást abból a szempontból vizsgál meg, hogy a hatályos kötelmi jog egészének keretén belül ezek a szerződési biztosítékok hogyan illeszkednek jogdogmatikailag az értelmi ellentmondás-mentesség aspektusából, addig a jogszociológiai szemléletmód arra kérdez rá ennél, hogy a mindennapi szerződési gyakorlatban milyen gyakorisággal alkalmaznak szerződési biztosítékként zálogjogot vagy kezességet. Vagy esetleg arra, hogy a mindennapi szerződési gyakorlatban mely társadalmi csoportok érdekei, mely társadalmi csoportok hátrányára ösztönözték épp ennek a zálogjogi és kezességi formának a létrejöttét, és alternatív szabályozások e téren mely társadalmi csoportok érdekeinek felelnének meg? *A jogszociológiai szemléletmódnál tehát a normatív dimenzió helyett a ténytudomány, az érdekharcok, társadalmi okok és hatások dimenziójába térünk át a jogi normák és a jogi jelenségek vizsgálatánál.* Az ebben a szemléletmódban készült jogszociológiai tanulmányokat és az egyes jogszociológiai kutatási irányokat a szemünk elé kapva, *a jogszociológiának egy szűkebb és egy tágabb értelmét tudjuk megkülönböztetni.* A szűkebb értelemben felfogott jogszociológia még ugyanúgy a jogi normákra összpontosít, mint a tételes jogtudományok, és nem véletlenül történetileg is így kezdődött el a jogszociológia létrejötte az 1800-as évszázad utolsó évtizedeitől. A jogi normákat, a jogi rendelkezéseket tartja szem előtt a szűkebb értelemben vett jogszociológia is, akár a tételes jogtudományok, ám ezeknek a tényleges követettségére kérdez rá, és nem a normatív értelmi összefüggésekre, esetleges logikai ellentmondásaikra. Vagy arra kérdez rá, hogy a vizsgált jogi rendelkezéseket milyen társadalmi érdekek, politikai erők formálták ki, és a társadalmi küzdelmekben mely politikai erők uralmát szolgálják, illetve mely társadalmi csoportok alárendeltségét, hatalmi hátrányát hozzák létre a vizsgált jogi szabályok?

De még mindig a szűkebb értelemben vett jogszociológiánál vagyunk, ha az elemzés azt veszi szemügyre, hogy egy nagy jogi kódex, amelyet sok évtizede alkottak meg, az elmúlt korszakokban milyen átalakulásokon ment át - nem jogdogmatikai konstrukciók szempontjából! - a társadalmi csoportok erejének és érdekeinek köszönhetően, és mely társadalmi erők érdekeit védte megalkotásakor ez a kódex, melyeket az átalakulás menetében a társadalmi dominancia változásai következtek? Ezeket a jogszociológiai elemzéseket az fogja össze, hogy mind a jogi normákra összpontosít. Lehet ez *történeti jogszociológia*, mint pl. Jean-André Arnaud elemzése a francia Code Civil-ről, melyben a Code Civil liberálkapitalista eszméből születése után a növekvő államkapitalista dominancia hatását mutatta ki a Code Civil módosításaiból, és főként a Kasszációs Bíróság, a francia legfelső bírói fórum átértelmező gyakorlata nyomán (Arnaud 1973). De ugyanez jellemző az amerikai Morton Horwitz nagy történeti jogszociológiai tablójára az amerikai jog elmúlt kétszáz éves fejlődéséről, amely a mezőgazdaság-ipari tőkés csoportok korai dominanciája után a kereskedelmi-pénzügyi tőke uralmának létrejöttéként írja le az amerikai jogtörténetet. Ezzel szemben a hagyományos tételes jogi jogtörténet mint a

jogdogmatikai változások, esetleges ellentmondások kiküszöbölésének történeteként elemzi ugyanezeket az eseményeket.

A történeti jogszociológiai elemzések mellett a szűkebb értelemben vett jogszociológia *másik területe a ma hatályos jogi rendelkezések tényleges érvényesülésének vizsgálata*. Míg az előbbinél könyvtárba, levéltárakba kell bemenni, és a történelmi elemzéseket, tényleírásokat kell megvizsgálni, addig ennél az utóbbinál empirikus kérdőíveket kell szerkeszteni és az adott jogi rendelkezésekkel érintetteket kell kikérdezni pontos szociológiai módszertani alapon, és ezen túl az adott területre vonatkozó statisztikai adatokat kell tüzetesen szemügyre venni. Ennek révén fel tudjuk tárni, hogy egy átfogóbb jogszabály egyes rendelkezései milyen gyakorisággal érvényesülnek. Például feltárjuk így, hogy egyes büntető törvényi tényállásokat csak ritkán, vagy soha nem alkalmaznak az illetékes rendőri és ügyészi szervek, és az e rendelkezések szerint tiltott életbeli cselekmények lényegében büntetlenül maradva, általános gyakorlatként vannak elterjedve, és az emberek esetleg nem is tudják, hogy ezek elvileg büntetendő cselekvések.

A szűkebb értelemben vett, jogi normákra összpontosító jogszociológia mellett a tágabb értelemben vett jogszociológia túlmegegy a jogi normákon, és az egész jogi szférát, annak minden jelenségét bevonja az elemzésbe. Azt is lehet mondani, hogy a szűkebb értelmű jogszociológia mellett *ez a jog-rendszer szociológiája*. Ebbe a tágabb jogszociológiába már bekerülnek például a jogászság egyes szakmáinak és ezek egymáshoz való viszonyának vizsgálatai. Mely jogász szakma dominál egy adott ország jogrendszerének működésében, és ennek mi a hatása a jogra? Az egyetemi jogászság dominál-e, ahogy a németeknél volt sok évszázadokig a helyzet, vagy az ügyvédi réteg egy csoportja, a "barristerek", amit Angliában lehetett látni szintén sok száz évig? És e tényekből következtetéseket lehet levonni az adott ország jogának működésére, ennek változásaira. Például a német jogban az egyetemi jogászprofesszorok dominanciája révén a fogalmi jogdogmatikának jutott nagy szerep, és ez az absztrakt jogfogalmakon nyugvó nagy kódexek létrejötte felé hatott, míg az angol jogban az egyetemi jogászság szinte teljes hiánya hosszú évszázadokig az absztrakt jogfogalmi világ létrejöttének elmaradásához vezetett, és egy kazuisztikus, esetekhez tapadó bírói jogot alakított ki, majd később a kialakuló parlamenti törvényhozás is ezt az esetekre szabott jogi szabályozási stílust vitte itt tovább. De a tágabb értelemben vett jogszociológia kitér a bírói kar összetételében a társadalmi származás vizsgálatára, a bírák politikai csoportokhoz való tartozására, vagy ennek hiányára, és így kísérel meg következtetéseket levonni az egyes országok jogrendszerének működésére. Ugyanígy a perek számának alakulását jelző statisztikák elemzését is bevonja a kutatásba a tágabb értelemben vett jogszociológia, és a perek számának egy-egy jogágban megfigyelhető alakulását az egyes társadalmi-gazdasági változásokkal igyekszik összefüggésbe hozni. Például az állami kontroll és irányítás visszaszorulása és ezzel együtt a piac szabályozó szerepének növekedése a legkülönbözőbb társadalmi területeken ugrásszerűen megnöveli a polgári jogi, gazdasági jogi perek számát, míg a központi állami társadalomszervezés dominanciája csökkenti a pergyakoriságot. Az ilyen kutatásokat szokták "perszociológiának" is nevezni, míg az előbbi körbe esőket a "jogász szakmák szociológiájának". Mindezekre tehát az a jellemző, hogy a tágon felfogott jogszociológiába, a jogrendszer szociológiájába tartoznak.

Az elmúlt évtizedekben a kiterjedt egyetemi jogi oktatás az egyetemi jogászság óriási mértékű kibővülését hozta létre a világ legtöbb országában, és a megnövekedett kutatói kapacitás egyre újabb és újabb jogi jelenségek jogszociológiai kutatását eredményezte. E mellett több országban az igazságügyi minisztériumok és más igazságügyi igazgatási szervek külön részlegeket hoztak létre jogszociológiai kutatásokra, mind a szűkebb értelemben vett jogszociológiát illetően

(például az egyes jogi rendelkezések tényleges érvényesülését illetően), mind a tágabb, a jogrendszer egészét érintő jogszociológiai kutatásokra. Más szempontból bővíti a jogszociológiai kutatások és munkák számát az, hogy a hagyományos tételes jogi vagy jogelméleti kutatásokkal foglalkozók egy része ma már eleve úgy műveli a normatív dimenzióban is a kutatásokat, hogy párhuzamosan bevonja a jogszociológiai dimenzió elemzését is. Mindezek következtében ma már a jogszociológiailag releváns tanulmányok sokasága halmozódott fel egy-egy nagy világnyelven, különösen angol nyelven a kiterjedt amerikai jogszociológiai kutatások következtében. A jog működéséről ezen anyagok alapján egy sor összefüggést tudunk megismerni, amelyek - a tételes jogtudományok normatív dimenzióban létrehozott eredményeivel együtt - a jogba való mélyebb belátást teszik lehetővé.

## 2. A jogszociológiai ténykutatás egy veszélye: az átpolitizálódás kísértete

A jogi normák és a jogrendszer összetevőinek jogszociológiai szemléletmódja a ténszerűség és az itt ható érdekek és társadalmi hatások elemzését helyezi a középpontba, és ez - mintegy szándékolatlan mellékkövetkezményként - egy veszélyt is felidéz a szakmaiság és a tudományosság szempontjából. Ahol ugyanis politikai demokrácia van, és ideológiai véleményharcok határozzák meg a társadalmi csoportok közötti erőviszonyokat és a kormányhatalomhoz jutást vagy az ebből kiszorulást, ott a politikai harcok szerveződése egyik fő témaként a jog működését és az egyes jogi szabályozások kritikáját is bevonja a küzdőterre. A hagyományos tételes jog normatív jogtudományos megállapításai - a szabályok közötti logikai ellentmondások kimutatásával, logikai értelmi összefüggések elemzésével - nem alkalmasak a politikai harcokban eszközként való felhasználásra. Ám a ténszerűség dimenziójában vizsgálódó jogszociológiai elemzések érdekeket, tömeges hatásokat mutatnak ki, és ez elsőrendű anyagot jelent az egymással küzdő társadalmi csoportok számára a saját pozíció alátámasztására vagy az ellenfél érveinek cáfolatára, pozícióinak politikai "leleplezésére".

Ez a helyzet tehát a jogszociológiai kutatások politikai instrumentalizálását, a létrejött jogszociológiai tanulmányok ideológiai-politikai eszközként való felhasználását hozhatja létre. Addig, amíg ez a politikai felhasználás nem nyomul be az egyetemi-tudományos szférába, hanem csak a már - eredetileg politikailag semleges - létrejött írásokat utólag látja el politikai felhangokkal, addig az átpolitizálódás veszélye nem jelent gondot. Végül is minden ténszerűséget kutató társadalomtudomány - közgazdaságtan, politológia stb. - szembekerül ezzel a veszéllyel. A veszély akkor válik aktuálissá, ha a politikai instrumentalizáció nemcsak utólagos, hanem már az egyetemi-tudományos szférán belül is kifejti hatását. Vagyis amikor a jogszociológus már a vizsgált jogi szabályozás mögötti érdekfeltárásoknál vagy a szabályozások hatásainak kimutatásakor sem elfogulatlanul nézi a tények összefüggéseit, hanem rögzített politikai álláspontból szelektálja ki az ezt alátámasztó tényeket, letakarva az ezzel szembenálló tényeket és az ezekből összeálló összefüggéseket. Mivel plurális politikai szellemi légkörben a fontosabb politikai pozíciók többsége kaphat alátámasztó "szelektált" tényösszefüggéseket, az ilyen politikai pozíciókból történő "jogszociológiai" írások nagyon gyorsan egymással összeesapó politikai harcokká alakulnak, és az egyetemi tanszékek, karok, tudományos műhelyek közötti véleményharcok lényegében az átfogó politikai harcokat ismétlik meg. Ha egy-egy országban a jogi, jogszociológiai írások és mögöttük a jogi szellemi műhelyek jelentős része belesodródik az ilyen politikai harcokba, akkor tudományos minősége és hitelessége szenved csorbát, és inkább a politikai hívek olvassák, mintsem a széles tudományos közvélemény.



Ez a vázolt veszély egyáltalán nem csak teoretikus, hanem nagyon is reális veszélyként jelent meg az elmúlt évtizedekben a különböző országok jogszociológiai egyetemi-tudományos közösségeiben, és sokszor már a jogszociológia egyetemi oktatásának is akadályát jelentette. Például Németországban az 1960-as évek közepétől kezdődött meg a jogtudósok egy csoportjának küzdelme a jogszociológia tantárgyként bevitelére az egyetemi jogászképzésbe, ám amikor kiderült, hogy e küzdelmekbe egy sor olyan jogász politikai aktivista is beszállt, akik e tárgy révén csak a kialakult jogi oktatás nyílt átpolitizálását akarták elérni a saját politikai pozíciójuk bevitele mellett, akkor az egyetemi jogászság és a jogi karok ellenállása miatt leállt ez a folyamat, és csak az 1970-es évek végére sikerült elérni a célt, a jogszociológia egyetemi tantárgyként való megteremtését (lásd Rasehorn 1998). De ez az átpolitizáltság azóta is jellemzi a jogszociológiai műhelyek és írásaik egy részét, így óvatosan kell eljárni, amikor elfogulatlan tényyszerű összefüggéseket keresünk a nagy tömegű jogszociológiai irodalomban. A jogszociológiának álcázott írásokat ki kell szűrni a valóban elfogulatlan tudományos írások közül, és erre csak a széleskörű tájékozódás ad lehetőséget az egyes jogszociológiai műhelyek és irányzatok „politikai fertőzöttségét” illetően.

### 3. A jogszociológiai szemléletmód kialakulása

A „jogszociológia” kifejezés először Eugen Ehrlich 1913-as könyvében bukkant fel („Grundlegung der Soziologie des Rechts”), de a jogszociológiai szemléletmód „benne volt már a levegőben”, mert más megközelítésben Max Weber is ekkor (1911-13) írta meg a „Gazdaság és társadalom” c. nagy összegző munkájának részeként a jog szociológiai elemzését. De Arthur Nussbaum szintén 1914-ben adta ki összegző munkáját a jogi tények kutatásáról („Rechtstatsachenforschung”), amely szintén a jogi jelenségek tényyszerű, szociológiai kutatását körvonalazta. Az, hogy mindhárom szerző német volt, és így a jogszociológia megteremtése eleinte német belügynek volt tekinthető, nem volt véletlen. Az angol jogtudomány szinte nem is létezett még a XIX. században, a bírói döntésekre szűkülő jogfejlődésük következtében, és az Egyesült Államokban az angol jog továbbviteléből kibomló jogtudomány kialakulása is csak a kezdő lépéseknél tartott ebben az időben. A francia jogtudomány szintén nehézségek között fejlődött, és a legnagyobb tudományos közösséggel és egyetemi jogászsággal a német jogterület rendelkezett. Az itt kialakult irányzatok és megfigyelések azonban nagyon hamar átkerültek más országok jogtudományi köreibbe is.

Az sem volt véletlen, hogy az 1900-as évek elején a német jogélet adta az ösztönzéseket a jogszociológia kialakulásához. Ugyanis két olyan fejlődési vonal, amely több európai országban is kirajzolódott, a németeknél volt a legmarkánsabb. Az egyik fejlődési vonalat az jelentette, hogy a korábbi bírói jogfejlesztésen alapuló jogban a XIX. század folyamán - az egyre komplexebb értelmi összefüggések kezelése érdekében - erőteljes jogdogmatikai rendszer épült ki. Ennek révén az életbeli helyzetek szabályozása nagymértékben absztrahálódott, és az absztrakt szabályok és jogi fogalmak egy önálló értelmi rendszerre álltak össze. Az egyetemi jogászprofesszorok vezetésével a jogászok ezen az absztrakt jogi értelmi rendszeren keresztül figyelték meg ettől kezdve a konkrét élethelyzetek ezreit, melyben a bírának naponta kellett döntenie, de ez a zárt értelmi rendszer hajlamos volt a mindennapi élethelyzetektől való elszakadásra. Ez volt az egyik feszültség, amely a jog normatív értelmi összefüggéseiben gondolkodó egyes jogász körök és a tényleges élethelyzetekre figyelő más jogászcsoporthoz (és nem-jogászok) között kezdett kialakulni.

Egy másik fejlődési vonalat, az előbbi mellett, a törvényhozás aktivizálódása jelentette az 1800-as évek második felétől. Ezzel a fejleménnyel a fokozatos bírói döntéseken alapuló jogfejlesztés mellett egy új, törvényi joganyag jött létre, amely egy nagyon fontos vonatkozásban eltért az addigi jog természetétől. Ugyanis míg a bírói jogfejlesztésen nyugvó jog csak fokozatosan jött létre, és csak amikor már a bírák sokasága kezdett követni egy-egy megszilárdult normát, akkor társult hozzá – utólag! – a kötelező erő, a jogként elismerés, addig a tudatos törvényalkotással megalkotott normák mintegy csak “lebegtek a társadalom felett” kihirdetésük után, és még nem tapadt hozzá elterjedt jogkövetés. Persze a modern állam gépezete, apparátusa el tudja érni, hogy rövid idő alatt elterjedjenek az újonnan alkotott jogi normák. Ám ha nagy számban hoznak ilyen normákat, nem figyelve arra, hogy a tényleges élethelyzetekben éppen ezekkel szembenálló normákat követnek rutinszerűen az emberek százezrei és milliói, akkor inflálódni kezd az ilyen jog, és pusztán a törvénykönyv “papírján” maradnak, nem válnak elterjedtté a mindennapi élethelyzetekben a törvényhozásban hozott új jogi normák.

Ez volt tehát a két új fejlemény a jogi életben az 1900-as évek elején, és ezekre reakcióként jött létre a jogszociológia eszméje. Tartós hatást Eugen Ehrlich és Max Weber ért el, nézzük meg az ő elemzésüket.

Ehrlich a jog három fajtáját különítette el, a társadalmi jogot, a jogász jogot és az állami jogot, és megítélése szerint a három jogfajta a történelem menetében is ebben a sorrendben jött létre. A *társadalmi jog* az egyes kis emberi csoportokban jön létre, ha ezek egy kicsit is tartósan fennállnak. Így a családi közösségekben, a baráti csoportokban és a legkülönbözőbb emberi kisközösségekben. E közösségeken belül az érintkezésekben normák alakulnak ki, és a csoport tagjai elvárják, hogy egy-egy élethelyzetben a csoport minden tagja e szerint alakítsa cselekvését. A társadalom egészében így spontán módon termelődik a “társadalmi jog”, és az emberek számára ez a jog adja a legnagyobb részt magatartásuk irányításában. Kezdeti társadalmakban csak ez a fajta jog jelentette a jog egészét, de fejlettebb szinten a kis csoportok egymás közötti súrlódásaira, konfliktusaira kialakulnak a bírói szervek, amelyek döntenek ezekben a konfliktusokban, és ezek ülepedek le később normákként a későbbi bírói döntések irányítására. Ez jelenti a *jogász jogot*, amely tulajdonképpen a bírói döntési normákat jelenti a konfliktusok feloldására. Ez azonban másodlagos az emberek élethelyzetei szempontjából, mondja Ehrlich, hisz az élet ritka esete az, amikor konfliktus miatt bíróság elé kell menni az embereknek, és az élet nagy részét továbbra is a társadalmi jog szabályozza. Végül harmadik jogfajta az *állami jog*, amely teljesen új jelenség, és amely tudatos törvényalkotással belenyúl a társadalom életébe, alakítva az emberek közötti érintkezéseket. Ehrlich ezt az utóbbi jogfajtát csak alárendelt jelentőségűnek tartja, és elburjánzását saját korában azzal magyarázza, hogy társadalmi válságszituáció van, és így átmenetileg van csak nagyobb szerepe az állami jognak, a későbbi időkre azonban e jogfajta csökkenő jelentőségét prognosztizálja. Másrészt korlátokat állít e jogfajta elé, és azt

mondja, hogy az állami jog csak követheti azt, amit a társadalmi jog már többé-kevésbé elterjesztett, így inkább csak utólagos szentesítő szerepe lehet, de a társadalmi joggal szembevető normát nem hirdethet ki állami jogként. Az állami jog csak elismerheti a társadalmi jogot, de pusztán kényszerre alapítva nincs esélye, hogy vele szemben tudjon hatni. Ugyanis ha ezt teszi, mondja Ehrlich, akkor egyszerűen a törvénykönyv papírján marad, és nem válik „élő joggá”. Jelezni kell, hogy Ehrlich az Osztrák-Magyar Monarchia idején élt a Galícia és Bukovina közötti részen, a birodalom határvidékén, ahol ruszinok, románok, lengyelek, magyarok és más népcsoportok éltek egymás mellett, jórészt saját szokásrendjük szerint. Ebben a helyzetben Ehrlich jól tudta érzékelni a központi, bécsi törvénykönyvek papíron maradását a ténylegesen követett szokásjog mellett. Nem ilyen élesen azonban ez a probléma minden modern jogrendszerben jelentkezik azóta is, és ez máig fenntartotta Ehrlich hatását.

Ebben a tematizálásban azonban mind a tudatos állami jogalkotás, mind az ellentmondásmentes jogi fogalmi világot biztosító jogdogmatika végletesen a háttérbe szorult. A jogfejlődés nem igazolta az eltelt évszázadban Ehrlich jóslatát, és az állami jogfejlesztés nemhogy háttérbe szorult volna, hanem inkább óriási módon növekedett a szerepe a jog alakításában. Ám az Ehrlich által feltárt dilemma, a túl sok és túlságosan gyors jogszabály-változtatás „papíron maradása” azóta is létezik, és erre figyelni kell a mindenkorai jogalkotónak. Egy másik gondolati hibáját jelenti a jogdogmatika szerepének elhanyagolása, és csak a konkrét magatartási normák szerepének hangsúlyozása. Ez a probléma Ehrlich mélyebb társadalom-felfogásából következik, amely visszamegy az 1800-as évek elején August Comte által felvázolt társadalomképre. Ez a felfogás a társadalmi valóságot és a társadalmi jelenségeket úgy fogta fel, mint a természeti valóság okozati törvényszerűségeit. Ezzel a társadalmi valóság értelmi-kulturális formáltságát és szimbólumokban, szavakban, fogalmakban, képzetekben, normákban rögzítettségét nem tudta megragadni. A társadalmi jelenségek és közöttük a határok így mint fizikai tények jelennek meg nála. Ebből adódott az értelmi rendszerek fontosságának meg nem értése Ehrlich számára, és ez okozta nála az értelmi összefüggések rendszerét tartalmazó jogdogmatika lebecsülését és elvetését. Ám ha ez az elvetés túlságosan radikális is, zárt jogi értelmi világba bezárkózó jogász félrefutását a mindennapi élethelyzetekben jól tudta exponálni, és ez ismét tartós hatást biztosít azóta is Ehrlich számára.

Max Weber nem követte el Ehrlich egyik hibáját sem, és mind az állami jog, mind a jogdogmatikai fogalomalkotás jelentőségét elismerte. Ez következik társadalomelméleti alapjuk eltéréséből is. Weber ugyanis alapvetően szakított a korábbi mechanisztikus, természetel azonosított társadalmi valóság elképzelésével, és a társadalmiság értelmi felépítettségét teszi a társadalomelmélete középpontjába. Ezzel a háttérrel jobban fel tudta becsülni a modern társadalmak értelmi komplexitásának növekedését, és a fejlettebb szinteken a korábbi jogképződési módok elégtelenségét. Ebből következik, hogy míg Ehrlich a jogtörténeti anyagok

alapján a társadalmi szokásjog mindenekfelett állását vallja, addig Weber - szintén jogtörténeti elemzés alapján - az újabb jogfejlesztési módok racionalitására teszi a hangsúlyt, és a korábbi szokásjogi jogképződés leértékelődését ismeri fel (lásd Weber 1995:130-150). A modern társadalmi fejlődés során létrejön az állami kényszerítés monopóliuma, a korábbi szétszórt hatalmak erőszak-alkalmazási lehetőségei helyére, és a kiépült államapparátusok tudatosan alkotott jogi normáit kényszerrel alátámasztva terjesztik el a modern társadalmakban. Weber számára egyrészt ezen nyugszik a modern jog racionalitása, másrészt viszont a legtisztábban látja a bonyolult társadalmi viszonyok léte mellett az absztrakt jogfogalmi értelmi rendszeren nyugvó jog magasabb racionalitását is. Ezért elismeri, hogy a mindenkori új jogi normáknak be kell illeszkednie a jog ellentmondásmentes értelmi fogalmi rendszerébe, és ez adja a jogi norma belső, eszmei érvényességét. De emellett Weber ugyanúgy látja, mint Ehrlich, hogy a mindennapi élethelyzetekben való normakövetésre ez még nem ad választ, és ezért különválasztva elismeri a jogi normák faktikus vagy szociológiai érvényességét, azaz a mindennapi élethelyzetekben való követettségük fontosságát. Látható tehát, hogy míg Ehrlich csak ez utóbbit hangsúlyozza, addig Weber ezt is és a jogdogmatikai érvényesség szintjét is kezelni tudja.

A két "alapító atya" után a jogszociológia újabb és újabb elméletei jöttek létre a XX. század első felében, de ezek inkább csak árnyalták az ezek által felvázolt megközelítéseket. Arthur Nussbaum 1914-es "jogi ténykutatás" programja például azzal egészítette ki a két alapító atya döntően jogtörténeti irányultságú jogszociológiai elemzéseit, hogy a mindenkor újonnan létrejövő jogszabályok számára releváns élethelyzetek tényeinek rendszeres feltárását emelte be a nézőpontba, illetve a létrejött jogszabályok tényleges hatásainak vizsgálatát dolgozta ki (lásd Raiser 1987:16-18, Ryffel 1986:3950). Ezzel Nussbaum a jogszociológiai kutatások praktikus-operatív dimenzióját dolgozta ki, míg az alapítóknál az inkább a jogtörténeti múltba forduló, vagy Weber esetében ezen túl még az általános társadalomelméleti szint felé figyelő beállítottság ezt nem tette lehetővé. Nussbaum hatására végül az 1970-es évek elején Németországban létre is hozták az igazságügyi minisztérium szervezetében a jogi ténykutatás intézetét, és ez a jogi élet több nagy szektorát rendszeres ténykutatásnak vetette alá az eltelt években. A jog tényleges életének ismerete szempontjából ennek óriási jelentősége van azóta is.

Franciaországban az 1930-as évek elejétől *Georges Gurvitch* hozott létre egy rendszeres jogszociológiát, és ez - bár sokat vitatkozik Ehrlich felfogásával - hozzá hasonlóan az államon kívüli társadalmi jog képződését emeli ki (Ryffel 1986:60-63, Carbonnier 1994:111-114). A magyar *Horváth Barna* 1934-ben, Németországban kiadott *Jogszociológiájában* szintén sok szempontból az Ehrlich által kifejtett spontán szokásjogi jogképződést ismétli meg az állami törvényhozási joggal szemben (lásd Horváth 1995). De más hangsúlyokkal a német származású, de pályájának nagy részében Dániában alkotó *Theodor Geiger* is Ehrlich "társadalmi jogát" és ennek elemzését ismétli meg (lásd Raiser 1987:98-104).

Nagy sikerre talált még Ehrlich jogszociológiája az 1930-as évektől az Egyesült Államokban, és művének lefordítása után az egyik alapszerzővé vált az ekkor felfutó jogi realista irányzat számára. Max Weber ezzel szemben csak általános szociológiájának későbbi megismerésének menetében vált ismertté mint jogszociológus is az 1950-es évektől az USA-ban. De el lehet mondani, hogy mivel a jogszociológia kutatásainak súlypontjai egyrészt az állami jogalkotással szembenállást hangsúlyozzák, másrészt a mindennapi élettel jobban összefonódó jogi jelenségekre irányulnak - pl. a bírói döntési folyamatra - ezért Ehrlich jogszociológiája szélesebben hatott a későbbi jogszociológiai gondolkodásban, mint Weber kiegyensúlyozottabb, és így az állami törvényhozás és a formális jogi fogalmi világ fontosságát kiemelő jogfelfogása.

Az Egyesült Államokban a XIX. század végén formálódó jogtudományon belül viszonylag hamar megjelent a jog dogmatikai vonásai mellett a jognak a társadalmi ténszerűségek szempontjából való vizsgálata. Ebben előfutár Roscoe Pound volt, aki már 1908-ban kiemelte a jog belső összefüggéseire leszűkült "mechanikus jogtudomány" elégtelenségét, és a jog papírja mellett a gyakorlatban realizálódó jog elemzésének bevonását hirdette meg. A "law in book and law in action" megkülönböztetése sok szempontból Eugen Ehrlich "papírgog" és "élő jog" különbségtételét előlegezte meg, és Pound mint "szociológiai jogelméletet" (sociological jurisprudence") fogta fel saját jogkoncepcióját (lásd Hunt 1978:11-35, magyar nyelven Kulcsár 1976:57-65). Pound erre a belátásra elsősorban Rudolf von Jhering munkái alapján jutott, melyet Jhering életművének késői szakaszában a jogi fogalmi világ zártságával szemben és a jogi normák mögötti célok és érdekek kiemelésével adott. Később, amikor Pound Eugen Ehrlich jogszociológiai alapvetését és az "élő jog" koncepcióját megismerte, sokat tett Ehrlich amerikai népszerűsítéséért. Saját elméleti alapvetése azonban - fogalmi féloldalasságai és csúszkálásai miatt - a későbbiekben már nem volt jelentős, és inkább csak mint a jog szociológiai megközelítésének propagandistája hatott (lásd Hunt 1978:32). Hosszú tudományos pályája - amely átfogta az 1900-as évek kezdetétől a század közepéig a jogszociológia fejlődését - és egyetemi vezető szerepe révén azonban sokat tett a jog szociológiai nézőpontjának népszerűsítéséért. A jogi realisták irányzata az 1930-as évek elejétől indulóan egyik előfutárnak tekintette Roscoe Pound-ot, igaz, Pound kemény kritikával illette a bírói jog kizárólagosságát hirdető koncepciójukat.

Jelezni kell még, hogy a jogszociológiai szemléletmód terjesztése leállt Európában az 1930-as évektől kezdve a diktatórikus kormányformák uralomra jutása után, és a súlypont az Egyesült Államokra helyeződött át ekkor. Csak az 1960-as évek közepétől kezdett lábra kapni ez a szemléletmód ismét, de ekkor már sok szempontból az időközben létrejött amerikai jogszociológia ösztönzései alapján. Ezért fontos kiemelni azt a változást, amelyet az amerikai jogszociológia az európai "alapító atyákhoz" (Weber, Ehrlich) képest létrehozott. Ugyanis míg a

jogszociológia eszméje eredetileg tisztábban tudományos természetű volt, és csak a jog tudományos nézőpontjában hozott be új aspektusokat, addig az amerikai leágazás folyamán erőteljesebb *politikai mozgalmi jelleget* kapott ez. Roscoe Pound, de különösen utána a jogi realisták nem egyszerűen csak új szemléletmódot akartak adni a joghoz, hanem *másfajta jogot* akartak. Ez a hangsúlyváltás jórészt persze egyszerűen abból adódott, hogy míg a XX. század elején Európában csak korlátozott politikai pluralizmus valósult meg, addig az Egyesült Államokban az 1930-as évekre a politikai pluralizmus a nyilvánosság és a szellemi szektorok szélesebb közegében is működött már. Így a jogi nézőpont kritikája gyorsabban átsaphatott jogi-politikai tábornegoszlásokba. Az USA-ban átpolitizálódott jogszociológiai eszme így az 1960-as években az európai országokba visszakerülve már több volt, mint az eredeti, tisztábban tudományos jogszociológiai szemléletmód. Sok szempontból inkább “szociológiai mozgalom” volt ez a jogi életben, és csak részben tudományos irányzat. Ez a hangsúlyváltás teszi érthetővé azt, hogy míg a jogszociológiai szemléletmód már az 1900-as évek elején létrejött Európában, addig az egyetemi tantárgyként és tudományszakként való intézményesülése az 1960-as évektől komoly ellenállásba ütközött a nyugat-európai országokban. Nézzük most meg ezt közelebbről.

#### 4. A jogszociológia intézményesülése

A jogszociológia mint a jog elemzésének egy új módja ugyan az 1900-as évek elején jött létre, de az egyetemi jogi oktatásban és az akadémiai-jogtudományi szférában ennek tényleges intézményesülése csak az 1960-70-es években történt a nyugat-európai országokban is. Az intézményesülés, vagyis egyetemi oktatási tantárgyként és jogtudományi kutatási ágként elismerés, csak nagy nehézségekkel ment végbe, és ennek bemutatása közelebb visz a jogszociológia megértéséhez. A nehéz intézményesülés folyamatát Németország jól példázza, nézzük meg így itt, hogy miképpen ment ez végbe, és milyen okok akadályozták a jogszociológia egyetemi és tudományos intézményesülését.

Az első lépést a német jogszociológiai kutatások terén az 1960-as évek elején a szociológus Ralf Dahrendorf tette meg azzal, hogy egy empirikus felmérésre támaszkodva kimutatta, a német bírák nagy többsége a felső osztályokból származik, és ebből Dahrendorf konzervatív beállítódásukra következtetett (lásd Raiser 1998:11). Ezzel felélesztette a századelő kommunista politikusának, Karl Liebknecht-nek a tézisé az “osztálybíráskodásról” (Klassenjustiz), és ez rögtön meg is adta a jogszociológia szerveződése körül a tábornegoszlásokat. Ennek jellemzője volt először is az, hogy csak kisebb részben kerültek előtérbe tudományos szempontok, és inkább mint a politikai kritika területe bukkant fel a jogszociológia. Mint a fennálló jogrendszer politikai kritikája kapott besorolást az új diszciplína, és

ez rögtön mozgósította az átfogó politikai tábornegoszlásokat. Fontos ennél látni, hogy a különböző társadalomtudományi közösségek között általában is kialakult a legtöbb nyugati országban, hogy míg a szociológusok és a politológusok erősebben átpolitizálódott jelleggel tevékenykednek, és baloldali és/vagy balliberális politikai értékeket vallanak tudományos munkájuk során is, addig a jogászi közösségek inkább konzervatív értékek felé hajlanak, és mivel ez a fennálló elfogadását jelenti, neutrálisabb, politikai felhangoktól mentesebb a tevékenységük. Ebből az alapállásból is következett az, hogy a szociológus Dahrendorf jogszociológiai bírókritikája beágyazódott a jogász-közösségek és a szociológus-társadalomtudományi közösségek régi politikai ellentétébe. Ez az ellentét természetesen eleve akadályozta a jogszociológia “beengedését” a jogi karok falai közé, és Dahrendorf hangütése csak fokozta az egyetemi jogászság “gyanúját” a jogszociológiával szemben.

Ennek ellenére néhány, szociológia felé nyitott jogászprofesszor és jogász végzettségű szociológus szervezkedésével megindult a jogszociológia elismertetéséért a küzdelem az 1960-as évek közepétől Németországban. Először a berlini Freie Universität-en belül hoztak létre egy jogszociológiai kutató központot, ami egy újabb gyanút erősített fel a többi német egyetem vezetésében, lévén ez az egyetem elismerten a legátpolitizáltabb volt a német egyetemek között, és mint “baloldali tűzfészek” volt ismert hagyományosan. Ennek ellenére a ’70-es évek elején még néhány jogászprofesszor és konzervatívnak tekintett szociológus is beszállt a jogszociológia intézményesítéséért folyó harcba, már csak azért is, hogy némileg kiegyensúlyozottabb irányba menjen ez. Így Helmut Schelsky, aki a ’70-es évek közepén megjelent, értelmiségi “mandarin-politizálást” támadó könyve után később a német balliberális értelmiség első számú közellenségévé vált, még benne volt a jogszociológia iránti küzdelem első szakaszaiban (lásd Raiser 1998:14, Rasehorn 1998:22).

Különösen kiéleződött a helyzet az 1968-as diáklázadások után, amikor a diákvezérek és a hozzájuk kapcsolódott egyetemi társadalomtudósok egyik követelése volt az önálló jogi karok megszüntetése és integrált jogi-társadalomtudományi karok létrehozása ezek helyett (lásd némileg megkésve ennek propagálását Hubert Rottleuthner könyvében: Rottleuthner 1973:13-45). De az egyetemi forrongások lecsendesülése után is, a jogszociológia körül szerveződő csoportokba egy sor olyan aktivista is bekerült, akik nem titkoltan mint agitációs terepet “az elnyomó jog széttörésére” fogták fel a jogszociológiát (lásd Raiser 1998:17). Ez végképp leblokkolta a jogi karok többségét a jogszociológiával szemben, és előrelépést végül csak politikai síkon tudtak elérni az ezért harcolók. Willy Brandt szocialista kormányának 1969-es létrejötte után a baloldali jogszociológus-aktivisták elérték, hogy törvényhozási segédlettel kötelezzék a vonakodó egyetemi vezetéseket a jogszociológia egyetemi tantárgyként elismerésére és bevezetésére. Ám még így is, az állami-politikai kényszer is csak tíz év után tudta megtörni az egyetemeket és elérni a német egyetemeken a jogszociológia tanítását.

Ez a “német történet” egyáltalán nem egyedi, és hasonló harcok és hasonló tábornegozslások az egyetemi jogászság és a társadalomtudományos közösségek, különösen a szociológusok között a legtöbb országban léteznek, és a jogszociológia sokszor mint a “fennállót védő” jogi karok baloldali kritikusa jelenik meg.

E születés ellenére napjainkra már az egész világon elterjedt a jogszociológia egyetemi és tudományos intézményesülése, és noha a jogszociológus közösségekben az átlagosnál erősebben vannak jelen a politikai aktivisták és a közvetlen politikai célokat szolgáló könyvek, tanulmányok, rengeteg olyan értékes tudományos elemzés készül a különböző jogszociológiai műhelyekben (tanszékeken, kutató intézetekben), amelyek a jog működésének mélyebb megértését teszik lehetővé. Aki tudatosította magában a jogszociológiának ezt a folyamatosan jelenlévő problémáját, és ezért igyekszik elválasztani a neutrális elemzéseket a politikai célzatú írásoktól, az számtalan mély belátásra bukkanhat ezen a területen.

## 5. A magyar jogszociológia intézményesülése

A szociológiai szemléletmód hamar megjelent a hazai elméleti jogi gondolkodásban, Moór Gyula - némileg már visszatekintve egy 1921-ben keletkezett tanulmányában – a jogelmélet “szociologizálódásának” nevezte a Pulszky Ágosttal az 1880-as években megindult folyamatot, amelyet Pikler Gyula és tudományos pályája első szakaszában Somló Bódog vitt tovább (lásd Moór 1921). Ez azonban csak részben fedi azt a jogszociológiai szemléletmódot, amely az 1910-es évektől Németországban kialakult. Egyrészt itt a történeti jogi iskola szokásjogi kiemelései jelentik a szociológiai elemet (Pulszkynál), másrészt a marxizmus történelmi materializmusa Piklernél, illetve Spencer társadalomelméleti meglátásai Somló Bódognál. Ez a gondolati vonal aztán az 1900-as évek elején többszörösen diszkreditálódott. Somló maga tudatosan szakított pályája második szakaszában ezzel a vonallal az újkantiánus Lét és Legyen tiszta elkülönítésével, és a jog mint a Legyen világa így elkülönült nála a Lét tényszerű meghatározottságaitól. Az ezen a vonalon tovább radikalizálódó Pikler Gyula pedig a jog és az eszmék anyagi meghatározottságának kutatásában az idegfiziológiai kutatásoknál kötött ki, élő példát mutatva e vonal zsákutcás jellegére. De diszkreditálta e gondolati vonal híveit az átfogóbb társadalomtudományokban az is, hogy politikai mozgalommá válva a bolsevik Tanácsköztársaság szellemi hátterét adták, és ezzel hozzájárultak az ország Trianon utáni feldarabolásához. (Somló Bódog ezt felismerve követett el öngyilkosságot, szülőhelyére, Kolozsvárra visszatérve, amikor a román megszállás tényével szembesült, lásd Moór: 1921).



Az 1920-as évektől jó ideig az újkantiánus jogfilozófia és az állami jogalkotást középpontba emelő szövegpozitivistá jogkoncepció dominált a hazai jogtudományban, majd a jogszociológiai törekvések két irányban jelentek meg. Az egyik irányt Horváth Barna képviselte, aki jogkoncepciójában egyrészt a német szabadjogászok bírói jogfelfogásához nyúlt vissza, másrészt az angolszász országokban kialakuló szociológiai jogszemlélet szerzőinek jogfelfogásából merített. A "Jogszociológia" című főműve 1934-ben nem véletlenül jelent meg csak Németországban, német nyelven, a hazai jogéletben és a politikai-szellemi környezetben ez a "fősodorról" való szembefordulást jelentette. A szintén jogszociológiai vonalat ismertető-elemző "Angol jogelmélet" c. műve ugyanezen okok miatt - miközben 1929-es angol tanulmányútja során gyűjtötte hozzá jórészt az anyagokat – csak 1943-ban jelent meg magyar nyelven (lásd Horváth 1943).

Míg Horváth Barna a modern társadalmi szerveződés urbanizált formái (plurális politika, tömegkommunikáció, közvélemény és véleményformálás) alapján fejtette ki az egyetemi jogdogmatikán nyugvó állami jogalkotással szembeni jogszociológiai elméletét, addig a "népi jogszokások" kutatói az 1930-as évek végétől az "eredeti népi" mozzanatot igyekeztek feltárni az állami jog mellett. A jogtörténész Bónis György volt az egyik főszervezője a "jogi néphagyományok" gyűjtésének az 1940-es évek elejétől, és a kis falvakban akkor még empirikus gyűjtéssel feltárhatók voltak a korábban évszázadok alatt kialakult jogszokások és ezek egész életet átfogó rendszere (lásd Kulcsár 1981:843). Ez a kutatás megszűnt az ország szovjetizálása utáni években, de Tárkány Szücs Jenő, az akkori kutatás egyik résztvevője 1981-ben megjelentette az akkor összegyűjtött anyagot azzal a céllal, hogy az időközben szinte már teljesen elhalt régi jogi szokásrendet a jogtörténészek emeljék be a magyar jogtörténet kutatásába (Tárkány Szücs 1981). Végül is a XVIII. századig a magyar társadalom túlnyomó része számára ezek a jogszokások jelentették a jogot, a mindennapi élet összes fontosabb szituációját szabályozva, és a hivatalos állami jog és a Werbőczy-hármaskönyv csak a bíróságokhoz forduló felső rétegek számára jelentett jogot. De csökkenő mértékben ez volt a helyzet egészen az 1900-as évekig.

Az 1940-es évek végére elhalt jogi népszokás-kutatás szociológiai vonalát több évig csend követte a hazai jogi életben, és csak 1960-tól kezdett óvatosan újjáéledni a hazai jogszociológia. Kulcsár Kálmán - aki fiatal joghallgatóként maga is részt vett a '40-es évek végén a jogi népszokásokat gyűjtő kutató csoportban - egy 1960-as könyvében hozta be a hazai jogtudományba a korai német és más európai jogszociológusok nézeteit, illetve az időközben kialakult amerikai jogszociológia meglátásait (lásd Kulcsár 1960). Ekkor még alig csökkent a gyanakvás a "burzsoá áltudomány" szociológiával szemben, így csak csodálkozni lehet, hogy egy ilyen könyv egyáltalán megjelenhetett. Nem is volt ekkor még hatása, és csak az 1970-es évek elejétől indult meg a jogszociológia eszméjének terjedése a hazai jogéletben. Mivel ebben az újjászületésben nem kapott politikai felhangot a jogszociológia eszméje, nagyobb ellenállás és feltűnés nélkül egyetemi tantárgy lehetett ez a hazai jogi oktatásban, miközben Németországban ekkor nagy politikai harcok folytak

ezért a lépésért...

Több éven keresztül Kulcsár Kálmán a jogszociológia egyedüli hazai képviselőjének számított, de az 1976-ban megjelent "A jogszociológia alapjai" c. munkája már tartósabban beépült az újabb jogászgenerációk ismeretei közé. Rajta keresztül két irányban indult meg a jogszociológiai szemléletmód terjedése a hazai jogtudományos gondolkodásban. Egyik vonalat jelentette az empirikus perszociológiai kutatások beindulása, melyet Kulcsár kezdett az 1970-es évek közepén, és eredményét 1982-ben publikálta (lásd Kulcsár 1982). Ehhez csatlakozott a perjogász Kengyel Miklós, aki az 1980-as évek első felében már alapos perszociológiai empirikus kutatásokat végzett, és a bírósági folyamatok tényszerű lefutásának különböző oldalait dokumentálta (lásd összefoglalóan Kengyel 1990). Egy másik vonalat jelentett a jogszociológiai szemléletmód jogelméleti kérdések felé elvitele, amely Kulcsárnál is a fő hangsúlyt jelentette. Itt Sajó Andrást kell elsősorban kiemelni, aki az 1980-as évek elejétől a legtöbb tanulmányában egy szociológiai jellegű jogfelfogást dolgozott ki (lásd Sajó 1980). Saját jogfelfogásomat tekintve, a Niklas Luhmann felé fordulásomat Kulcsár Kálmán ösztönözte az 1970-es évek végétől, és döntően Luhmann nyomán szintén egy szociológiai jogelméletet körvonalaztam jogelméleti könyveimben (lásd összefoglalóan: Pokol 2001).

## **X. fejezet**

### **A jogszociológia néhány alapproblémája**

#### **1. A jog és a jogászság expanziója**

A jog működését és a jogászok munkáját nagymértékben meghatározzák azok az összefüggések, amelyek egy adott országban az egyes jogász szakmák csoportjainak belső felépítéséből, ezek egymás közötti viszonyaiból és a jogászság egészének a többi társadalmi csoporthoz való kapcsolataiból erednek. Ezek közül az első, amelyet meg kell vizsgálnunk, a társadalom „jogászai telítettségének” kérdése.

##### **1.1. Általános megfontolások**

A különböző országokban nagy eltéréseket mutatnak a jogászság egészének és az egyes jogász szakmák csoportjainak számadatai, különösen ha ezt időbeli dimenzióban is vizsgáljuk. A nagyobb jogászsűrűség fokozza a konkurenciát a jogászok között, az egyes jogi munkákhoz hozzájutás esélyét csak nagyobb erőfeszítések árán teszi lehetővé és fokozza a jogi munka expanzióját az összezsúfolódott jogászság kiűtkeresése következtében. Például kórházak és klinikák folyosóján ügyvédi irodák ügynökei cirkálnak, „műhibaperek” indítására ösztönözve a pácienseket, míg visszafogott jogászai, ügyvédi létszám mellett ez a terület szinte teljesen kiesik a jogászok figyelméből.

Kiindulópontként megállapíthatjuk, hogy az elmúlt évtizedekben általában egy erős növekvő tendenciát mutat minden modernizálódott országban a jogászság létszáma. Ez éppúgy igaz az Egyesült Államokban, mint az európai országokban, és különösen az 1960-as évek második felétől ugrásszerű bővülés mutatható ki, még ha egyes nyugat-európai országokban ez csak az 1980-as évekre vált teljessé. Közép-Kelet-Európában a centralizált állampárti rendszerek és a szovjet birodalom szétesése óta szintén óriási bővülés látható ezen a téren, és egyes országokban szinte néhány évenként duplázódik a jogászság száma. A bővülés egy sor következményre vezetett, melyeket elemezni kell, de ugyanígy a bővülést kiváltó okokat is elemezni kell.

A jogászság számbeli növekedésére és a jog iránti igény bővülésére a következő főbb társadalmi okokat lehet felsorolni. 1. A tradicionális mezőgazdasági munkán alapuló társadalom helyett az iparosodott és széles szolgáltatási szektorokra felépülő társadalom létrejötte növeli a belső társadalmi komplexitást, ezekből a mindennapi konfliktusok kialakulásának valószínűségét, és mindez növeli a jog és a jogászság iránti szükségletet. 2. Az előbbi mellett a piac szerepének és hatókörének növekedése a társadalmi kapcsolatokban (és ezzel együtt a tradicionális szolidaritások leépülése) ugrásszerűen fokozza a jog iránti szükségletet. 3. További dimenziót jelent a növekvő individualizáció és a személytelen kapcsolatok bővülése, a korábbi személyes viszonyok melletti tevékenységek helyett. A személyes és érzelmi elemekkel tarkított kapcsolatok uralma alatt folyó tevékenységek közösségi csoportjain belül csak egészen kicsi a konfliktus esetén a joghoz fordulás, míg a személytelen tevékenységek kapcsán érintkezők között a konfliktus esetén a fő helyre lép a jogon keresztüli megoldás. 4. A központi állami társadalomellenőrzés és társadalomszervezés szintén minimálisra csökkenti a jog szerepét az ilyen társadalmakban, és ekkor a felmerült konfliktus a központi állami szervekhez forduláson keresztül, panaszok formájában vagy olyan csoport esetén, mely közelebb áll az állami központhoz, befolyásolás formájában kerül feloldásra. Ekkor nyílt jogi vita csak ritkán merül fel. Ezzel szemben a központi állami társadalomszervezés visszaszorulása és a piaci-kooperatív kapcsolatok ennek helyére lépése radikálisan megnöveli a jogon keresztüli konfliktus-megoldási formák szerepét. 5. Végül ötödik okként a társadalom egészének a joghoz való viszonyában beállt alapvető változásra kell utalni, amely döntő módon megnövelte a jog működési területét. A fent említett változások ugyan növelték a társadalom jog iránti szükségletét már az elmúlt kétszáz évben, de az 1960-as évekig többé-kevésbé rögzített határ létezett a fejlett nyugati, piacgazdaságokon nyugvó társadalmakban abban a vonatkozásban, hogy mi tartozik a jog területére, és mi az, ami evidens módon jogtól idegen, és más társadalmi szabályozás (például erkölcs, morál, szakmai etikák stb.) alá tartozik. A '60-as évektől azonban - elsősorban az Egyesült Államokból kiindulón - egy olyan változás kezdett kirajzolódni, amely lassanként felszakította a jog térrénumának a köztudatban rögzítődött határait, és egy sor olyan területre is kiterjedt, melyen korábban elképzelhetetlen volt. Például a családon belüli mély jogi belenyúlás létrejötte említhető itt, de a gyerekek, az osztálytársak, a munkatársak, a szerelmi kapcsolat résztvevői stb. közötti érintkezések olyan területei is a jog és a jogi eljárások részeivé váltak, amely akár néhány évvel korábban elképzelhetetlennek tűnt (lásd Friedmann 1990:229-240). Ezzel a kiterjedéssel a teljes társadalom és ennek bármely viszonya jogi, bírói eljárással válhat érintetté, és csak a viszonyban érintettek perlési kedvén múlik, hogy reálisan is részletes bírói gyakorlat jelölje ki az itt követendő normákat, melyek aztán tovább fokozzák a bírói eljárások gyakoriságát az új területeken. A kiterjedésben a fő okot a jogszolgáltatás súlypontjának áthelyeződése jelentette a hagyományos törvényi és bírói precedensjogról az alkotmányos alapjogokra az Egyesült Államokban az 1960-as évek elejétől, melyet mint "alapjogi forradalmat" írnak le újabban az elemzők

(lásd Epp 1998). Míg a korábbi törvényi és precedensjogi szabályozások pontos élethelyzetekre vonatkoztak, addig az absztrakt alkotmányos alapjogok középpontba nyomulása a mindennapi jogszolgáltatásban szélesen meghúzva egész életszférákat behozott a jog területére. E mellett az évek során még tovább bővítették e jogok hatókörét a politikai mozgalmak, amelyek a számukra kívánatos társadalmi változásokat a hagyományos politikai terep (parlamenti törvényhozásbeli harcok és a pártok közötti harcok) helyett a bírói ítéletekkel a tárgyalótermekben igyekeztek kikényszeríteni (lásd Scheingold 1998). Mindezek következtében a jog hagyományos területének határai leomlottak, és - mint Lawrence Friedmann írta a '80-as évek közepén - a "totális jogszolgáltatás" borult rá a társadalomra. Ez a változás, ha csekélyebb mértékben is, de kihatott a többi fejlett nyugati társadalomra is az 1980-as évektől, és az elmúlt években a közép-európai országok új demokráciáiban is éreztetni hatását.

Ezek a főbb társadalmi okok, melyek a jog és a jogászság iránti szükségletet meghatározták az elmúlt évtizedekben. Mivel Magyarországon és a többi közép-kelet-európai országban a centralizált állampárti rendszerek bukása óta az addig lefojtott jogi szerep és jogászi létszám - mintegy a maradást behozva - robbanásszerűen bővül, érdemesnek tűnik először a kiegyensúlyozottabb nyugati fejlődést szemügyre venni, és csak az itteni összefüggések feltárása után áttérni a mi régióink elemzésére.

## 1.2. A nyugati országok jogászságának bővülése

A jogászság számarányainak ugrásszerű bővülése az Egyesült Államokban indult meg az 1950-es évek végétől, megfelelően annak, hogy a jog iránti szükséglet minden kiváltója - iparosodás, széles piaci szerep, személytelen viszonyok dominálása, a központi állami társadalomszervezés visszafogása, az "alapjogi forradalom" - itt volt a legteljesebb mértékben jelen. Ezen objektív jogászságnövelő ösztönzők mellett azonban még két politikai ok alaposan hozzájárult a növekedés nagyságához itt. Az egyiket az egyetemi férőhelyek költségvetési támogatással való radikális bővítésének állami politikája jelentette, és ebben a nyugat-európai országok is követték az Egyesült Államokat. Eddig az időpontig ugyanis az egyetemi képzés költségei és az ebben résztvevők fenntartásának költségei spontán módon kizárták a felsőoktatásból az alsóbb társadalmi rétegekből származók nagyon nagy részét. Az egyenlő esélyek nagyobb biztosításának politikai támogatására megindult ekkor a felsőoktatás állami támogatásának radikális bővítése, amelyet Nyugat-Európa országaiban egy sor új állami egyetem létrehozásával oldottak meg, az Egyesült Államokban pedig - a szabad egyetem- és karalapítás rendszerében és az ebből következő magas tandíjak kompenzálására - széleskörű állami ösztöndíjak és diáktámogatási rendszer kiépítésével léptek előre. Ettől kezdve elesett a szociális korlát visszatartó hatása, és az egész felsőoktatás

radikális bővülése mellett különösen a nagy presztízzsel bíró szellemi szakmák egyetemi utánpótlása duzzadt fel soha nem látott módon. A jogászi szakma is ezekhez tartozik hagyományosan, és ez a változás sokszorosára növelte az egyetemi jogi karok számát és a felvett hallgatók tömegét. A másik okot a jogászság bővülésére az adta az Egyesült Államokban, hogy a működő jogászság szervezetei nem tudták lezárni a szabad belépést a jogászi munkához, és az egyetemi diploma megszerzése után lényegében mindenki akadálytalanul bejuthat az ügyvédi piacra.

Mindezek révén az ezredfordulóra mintegy egymillió jogász tevékenykedett az Egyesült Államokban, és a kiépült egyetemi jogásképzési rendszerben a 187 "law school"-ban évente további 40 ezer új jogász végez, és lép be a szakmába. Azt is lehet látni, hogy bár minden évben vannak újabb és újabb egyetemek, melyek megkísérlik az újabb jogi karok létrehozását, és ezek akkreditálását (vagyis az American Bar Association általi elismertségét), de a korábbi robbanásszerű bővülés már a múlté, és a jogászi szakma telítettségének társadalmi visszajelzései csökkentették a kedvet a jogászi pályára lépésre. Az egymillió jogászhoz az évi 40 ezres utánpótlás ugyan 25 év alatt reprodukálja a mai létszámot, és mivel a jogi pályán maradás - a 23-24 éves friss diplomásokat alapul véve – kb. 35-40 év, így még mindig némi növekedést jelent ez a képzési arány. De még így is egy fokozatos egyensúly-állapot létrejöttét jelenti már ez az arány a robbanásszerű bővülés után. Persze jelezni kell, hogy az utóbbi években már annyira telítődött az egymillió működő jogással a jogi pálya - akik a gyors felfutás miatt ráadásul fiatalabb átlagéletkorral rendelkeznek – hogy az újonnan végzetteknek már csak egy része tud ügyvédi megbízást szerezni, vagy már működő ügyvédi irodához belépni. De azt a telítettséget, amely még jogi munkához juttatja a jogászt a társadalomban, jól visszaadja a majd 300 milliós Egyesült Államok egymillió jogásza. Már itt kell jelezni, hogy a fejlett nyugati országokat tekintve is ez jelenti a legnagyobb telítettséget, így ehhez viszonyítva jól lehet bemutatni a jogászi telítettség rangsorát az egyes országok között.

A nyugat-európai országokra rátérve általában el lehet mondani, hogy a társadalmak objektív jog- és jogász iránti igénye nőtt ugyan itt is, de visszafogottabban. Emellett egyes országokban a működő jogászság országos szervezetei sikerrel tudták zárva tartani a jogi pályára jutás kapuit, és ahol ez sikerült, ott vagy már maga a jogi egyetemi képzésbe felvétel is visszafogott maradt, vagy ha ez bővült is, az ez utáni jogi pályára kerülés "céhes" korlátai visszatartották a jogászság robbanásszerű bővülését. Az alacsonyabb jog- és jogász iránti szükséglet az Egyesült Államokhoz képest abból adódik, hogy a nyugat-európai országokban, noha itt is nőtt a személytelen viszonyok aránya az urbanizálódással, de a közösségi-érzelmi kapcsolatok tradicionális szerepe még jóval nagyobb maradt. Ez nem engedi meg egy sor életviszonyban a joghoz fordulást konfliktus esetén. Ugyanígy a piac szerepe is visszafogottabb a társadalmi kapcsolatok szervezésében, mint az Egyesült Államokban, noha az 1970-es évektől az állami szervezés visszafogása és a piac szervező erejének növelése figyelhető meg minden nyugat-európai országban is.

Ezeket szem előtt tartva érthetővé válik, hogy bár a legtöbb nyugat-európai országban is ugrásszerű a jogászság bővülése az elmúlt évtizedekben - és ez itt nem az 1950-es évek végétől kezdődött, hanem inkább az 1970-es években – ám ez a bővülés nem érte el az USA-ban megfigyelt mértéket, és a jogászi telítettség is kisebb mértékű itt, mint ott.

Németországban az elmúlt 25 évben - 1977-től napjainkig - mintegy megháromszorozódott az ügyvédség létszáma, és míg akkor egymillió lakosra mintegy 400 ügyvéd jutott, addig mára 1.200 ez a szám (lásd Raiser 1987:154, Blankenburg 2001: 19). Ha az amerikai egymillió lakos per 3 ezer ügyvédet vesszük a még működő telítettségi szintnek, akkor a további expanzió előtt itt még szabad tér van. Igaz látni kell, hogy az amerikai perlési szerkezetben a széles ügyvédi aktivitás és a passzív bírói szerep nagyobb teret ad a ügyvédi tevékenység hatókörének, mint a kontinentális aktívabb bírói pervezetés és a korlátozottabb ügyvédi tevékenység. Ennek megfelelően a bírák aránya az ügyvédekhez képest jóval magasabb a németeknél, mint az Egyesült Államokban, ahol az egymillió ügyvédre alig néhány ezer bírót jut, míg a németeknél 1998-ban a 92 ezer ügyvéd mellett 23 ezer a bírák száma. Látni kell azonban, hogy az arányok a németeknél is eltolódnak, és míg 1990-ben 56 ezer ügyvédre is 23 ezer bíró jutott, addig 1998-ban a 92 ezerre felduzzadt ügyvédi réteg mellett a bírák száma már egyáltalán nem növekedett (lásd Blankenburg 1998:11; 2001:7). A német jogászság egészének expanziójára pedig jellemző adat, hogy míg 1998-ban az összes német jogász száma 165 ezer volt, a német jogi karokon 135 ezer joghallgató tanult, és készülődött a jogi pályára (Ranieri 1998:831-836).

Angliában már némileg visszafogottabbnak kell minősíteni az ügyvédi létszám növekedését, és az 1977-es 35 ezer ügyvéddel szemben ma 72 ezer ügyvéd van itt. (Vagyis a német háromszoros növekedéshez képest itt csak bő kétszeres ez). Ebből 60 ezer solicitor és 12 ezer barrister (lásd Miers 1999:55-83). Ezt a visszafogottabb növekedést itt az teszi érthetővé, hogy az angol ügyvédségbe kerüléshez még ma is kell az egyetemi diploma után egy olyan (egy-három éves) gyakorlati képzési formába felvétel, melyet az ügyvédség országos szervezetei ellenőriznek, és így ezek kézből tartásával csak fokozatosan engednek az egyetemekről kiözönlők nyomásának. Ez pedig eleve csökkenti az egyetemek jogi karaira a jelentkezők számát és az egyetemi férőhelyek növelési kedvét is az egyetemek vezetése részéről, mivel az ez utáni szűkítettebb bekerülés a diplomások egy részét amúgy is kirekeszti az ügyvédségből, és foglalkoztatási gondot előlegez meg. Például 1998-ban a 16 ezer frissen végzett jogi diplomásból 8 ezren jelentkeztek a solicitori gyakorlati képzésbe, ám ezekre csak 6 ezer felvételi hely jutott, a barristeri képzésbe 2500-an jelentkeztek, de csak 1.500 hely volt számukra (Miers 1999:63). És még az így szűkítetten továbbjutók is csak részben tudnak ténylegesen bekerülni solicitor ügyvédi irodákba vagy barristerként munkát találni. E szűkebb jogi pályán kívül a helyi és a központi közigazgatás szívja fel a többiek egy részét, de a 16 ezerből így

is csak mintegy 10 ezer jut be jogi pályára. Ez a helyzet tehát már mára is visszafogja az Angliában 1960-ban és 1970-ben megfigyelt, jogi karok felé irányuló expanziót. De még ez a növekedés is 8-9 évenként kiteszi a mai teljes jogász állomány létszámát, és a 35-40 év pályán maradási alapul véve, ez is nagy bővülést jelent. Az angol társadalom jogászai telítettsége egymillió lakost tekintve jelenleg 1500 körül van, vagyis még mindig csak fele az Egyesült Államokéhoz képest.

Hollandiában csak az 1980-as években történt meg a jogászság nagyobb arányú bővülése, de mára már itt is egymillió lakosra 650 ügyvéd jut, míg 1990-ben ez a szám még csak 400 fő volt, és a jogászképzésben résztvevők magas száma mutatja a bővülés további menetét (lásd Blankenburg 2001:16).

Belgium vonatkozásában részletes adatok állnak rendelkezésre a jogász-sűrűséget tekintve egészen az 1840-es évektől, és érdekes látni, hogy míg az 1960-as évek végéig eltelt 120 évben csak apró lépésekkel történt a bővülés, addig 1970-től tíz év alatt szinte megduplázódott az ügyvédek száma itt (lásd van Loon/Langerwerf 1990:297). Érdekes részletesen is közölni ezt a táblázatot a radikális bővülésről a korábbi apró lépésekkel végbemenő kiterjedés után, mert jól érzékelteti az általános európai trendeket, és hogy "valami drámai történt" a jog és a társadalom viszonyában az elmúlt évtizedekben, amelyek feltárásával és magyarázatával a jogtudomány jórészt még adós.

*Jogász-sűrűség és pergyakoriság Belgiumban 100 ezer lakosra vetítve:*

1840:	22,2 ügyvéd jutott,	13,6 bíró,	359,4 békebírói,	321,5 rendes bírói elsőfokú kereset
1850:	18,4 ügyvéd jutott,	12,1 bíró,	684,7 békebírói,	252,7 rendes bírói elsőfokú kereset
1860:	20,8 ügyvéd jutott,	11,9 bíró,	683,7 békebírói,	320,6 rendes bírói elsőfokú kereset
1870:	22,6 ügyvéd jutott,	11,2 bíró,	734,1 békebírói,	436,3 rendes bírói elsőfokú kereset
1880:	24,2 ügyvéd jutott,	11,3 bíró,	1018,8 békebírói,	675,9 rendes bírói elsőfokú kereset
1890:	31,2 ügyvéd jutott,	11,0 bíró,	1242,8 békebírói,	629,2 rendes bírói elsőfokú kereset
1900:	32,6 ügyvéd jutott,	10,6 bíró,	1553,1 békebírói,	621,5 rendes bírói elsőfokú kereset
1910:	32,3 ügyvéd jutott,	10,3 bíró,	2180,5 békebírói,	760,6 rendes bírói elsőfokú kereset
1920:	28,8 ügyvéd jutott,	11,6 bíró,	2548,0 békebírói,	574,4 rendes bírói elsőfokú kereset
1930:	37,4 ügyvéd jutott,	10,1 bíró,	1304,5 békebírói,	1030,5 rendes bírói elsőfokú kereset
1940:	44,5 ügyvéd jutott,	9,8 bíró,	1816,1 békebírói,	334,9 rendes bírói elsőfokú kereset
1950:	38,1 ügyvéd jutott,	12,9 bíró,	2105,5 békebírói,	776,0 rendes bírói elsőfokú kereset
1960:	39,0 ügyvéd jutott,	11,9 bíró,	2451,5 békebírói,	940,3 rendes bírói elsőfokú kereset
1970:	39,6 ügyvéd jutott,	16,4 bíró,	1993,3 békebírói,	1251,4 rendes bírói elsőfokú kereset
1980:	67,4 ügyvéd jutott,	17,5 bíró,	2363,5 békebírói,	1396,0 rendes bírói elsőfokú kereset

A görög jogászság arányai szintén jól mutatják a társadalom jogászai telítettségének felső határait. Itt jelenleg 25 ezer ügyvéd ("dikigoros") jut a mi lakosságunknak nagyjából megfelelő 10 millió görög lakosra, és a konkurenciát növeli itt, hogy



ebből 16 ezer Athénban tevékenykedik, és ezek mellett van egy olyan nem-jogász végzettségű, de jogi tanácsadásból és képviseletből élő réteg, amely az elzárt, kis települések lakóinak jogi ügyeit intézi, mert ide nem jön ki ügyvéd (Lonbay 1999). Már itt jelezni kell, hogy a 16 ezer fővárosi ügyvéd a görögöknél négyszerese a jelenlegi, hazai fővárosi ügyvédségünknek, és ez mutatja a hazai telítődés felső határának rugalmasságát.

Érdekes helyzetet mutat az ügyvédség helyzete Japánban, mintegy a jogász expanzió ellenpólusaként. A gazdasági és társadalmi fejlettség itt közismerten nagyon magas, és az is közismert, hogy itt a hagyományos, jogon túli konfliktus-megoldási mechanizmusok dominálnak a társadalomban. A majd' 120 milliós Japánban jelenleg mindössze 20 ezer ügyvéd van, és évente mintegy ezer fő végez a szűk korlátok között tartott jogászképzésben. A kis ügyvédi létszám azonban a japánok alacsony jog-szükséglete mellett is kezd szűk keresztmetszetté válni a gazdasági fejlődés előtt (lásd Bálint 2001).

### **1.3. A közép-kelet-európai országok jogászságának bővülése**

Ezek után forduljunk a mi régióink felé, és nézzük meg az itteni bővülési arányokat a jogászságot illetően. Közös sajátosságként a régió minden országára állt a második világháború utáni évtizedekre, hogy a szovjet katonai övezetbe betagolva és az állampárti társadalomszervezés uralma alatt, minden dimenzióban alacsony szintet mutatott a jog- és a jogász iránti igény. Teljes mértékű állami szervezés jelentette az élet minden szegletében a fő formát, ahol mind a magánéleti szervezési formák visszaszorítottak voltak, illetve állami ellenőrzés alatt álltak, mind a piaci viszonyok szinte teljes mértékű eltüntetése volt a jellemző. E dimenziókban némi enyhülés jött létre az 1970-es évektől néhány közép-európai országban - elsősorban Magyarországon és Lengyelországban - de ezek a jellemzők alapjaiban kitartottak az 1989-es rendszerváltásig. De emellett is csökkentette a jog iránti szükségletet ebben a régióban a mezőgazdasági-tradicionális életforma viszonylag széles elterjedtsége, amely a gyorsított iparosítás utáni széles munkásközösségekben is még évtizedekig fenntartotta a személyes-közvetlen viszonyokat, és a személytelen érintkezések területét alacsony szinten tartotta. Amennyiben ebben a rendszerben egyáltalán jogra volt szükség, azt a politikai terror visszaszorulása után a kiszámíthatóbb büntetőjog stabilizálódása jelentette, másrészt az állami szervezés hatósági jogi keretbe foglalását jelentő államigazgatási jog és ezek hatósági eljárásai indukálták. Magánfelek egymás közötti vitái jogi síkra jórészt olyan kis ügyekben kerültek, mint a társbérlok fürdőszoba-használatában támadt viták, eltartási szerződések kötése a lakásszerzés érdekében és ez utáni eltartási viták (lásd László 2001).

Mindezekben a dimenziókban döntő változást hoztak létre az 1989-es fordulat utáni évek. Az óriási mértékű privatizálás a társadalomban felhalmozott vagyon és a termelő eszközök legnagyobb részét magántulajdonba adta, és mind a vállalatok egymás közötti, mind az azokon belüli kapcsolatokat a jogra és a piacra bízta. Ezen túl is az élet minden területéről kivonult jórészt az állami szervezés, és ezt a magánszervezési formák váltották fel, szintén a piac és a jog keretszabályai között. A személytelen érintkezési formák is erősebben vannak jelen a mai társadalmi kapcsolatokban, és ebben szerepet játszott az állampárti rendszer erőltetett iparosítása és a tradicionális közösségi formák helyett a városi-lakótelepi életforma radikális kiszélesítése a legtöbb közép-kelet-európai országban, így nálunk is.

Ezek voltak azok a változások, melyek a társadalom jog- és jogász iránti szükségletét spontán módon is gerjesztették. Azt azonban, hogy erre az igénynövekedésre hogyan reagáltak a régió egyes országai, azt a szűkebb egyetempolitikai döntések és a jogászság országos "céhes" szervezeteinek ereje is nagyban befolyásolta.

Magyarországon kezdve az elemzést jelezni kell, hogy a rendszerváltás évében, 1989-ben itt a négy hagyományos jogász szakmában - bírák, ügyészek, ügyvédek és jogtanácsosok - összesen mintegy ötezer jogász tevékenykedett: 1200 bírósági írásműveleményező, 1200 ügyész, 1600 ügyvéd és kb. 1000 jogtanácsos. Ezt a létszámot a helyi és a központi állami hatóságokon belül tevékenykedő, ennél valamivel kisebb létszámú igazgatási jogász egészítette ki, de ezek jórészt - különösen a tanácsai apparátusban - már szervezetileg a munkába betagoltan, levelező tagozaton végezték el utólag a jogi képzést, és csak részben végeztek jogi munkát, más tevékenységekkel összefogva. Ezt az alacsony - összesen mintegy nyolcezer - jogászlétszámot azért is lehetett tartani, mert a központi állami egyetemfelügyelet a legkeményebben kézből tartotta a felvételi keretszámokat, és a három jogászképzési helyen (a fővárosban az ELTE-n, illetve Szegeden és Pécsen) túl nem lehetett beindítani jogászképzést. Mivel már az 1980-as évektől feszítővé kezdett válni az alacsony jogász létszám problémája, Miskolcon is létrehoztak 1981-ben egy kis létszámú jogászképzési helyet. Ennek ellenére még a rendszerváltás évében is csak mindösszesen 700-750 friss jogi diplomás került ki az egyetemek falai közül (lásd Vavró 2000). Azonban még ez a kis létszámú kibocsátás is céhes korlátokba ütközött, és legalábbis a fővárosban, ahol az akkori 1600 ügyvédből 650 tevékenykedett, csak a már pályán lévők "családi dinasztiái" révén lehetett jórészt bekerülni az ügyvédek közé. Ez pedig évente csak néhány tucat friss jogász számára volt lehetséges.

Ezek a korlátok mind ledőltek 1990-től, és egyrészt az állam könnyítette az új jogi képzések beindítását az egyetemek számára, másrészt a felvételi keret szigorú kötöttségét alaposan meglazította. Az önköltséges képzésbe bevontak körét ugyanis az egyetemek maguk dönthetik el azóta - túl az államilag finanszírozott kereteken - és a piaci elemek növelése az egyetemek fenntartásában erre ösztönzi is az

egyetemeket. Ezen túl fontos változás volt, hogy az ügyvédség országos céhes szervezeteinek "önvédelmi zártságát" is kiiktatták a törvényi változások, és a végzett jogászok azóta viszonylag szabadon be tudnak kerülni e körbe. Ezzel szemben a bírói és az ügyészi helyekre - lévén költségvetési pénzekből fenntartottak - csak egészen szűk körben tudják bővíteni az évente felvehetők számát, és évente mintegy 100-150 fő lehet legfeljebb ez (lásd László 2001). Így a kitágult jogi képzésből kiözönlő friss diplomások jórészt a szabad ügyvédi pálya felé mehetnek csak. A helyi közigazgatásban a korábbi, hosszú ideig tartó "jogász iránti éhséget" már alaposan kielégítette a kiözönlő új jogászok hada az elmúlt években, de itt még van felszívókapacitás ma is. Mellékesen kell megjegyezni, hogy a közjegyzők szűk csoportja a rendszerváltás ellenére is fenn tudta tartani zártságát, és így ma is mindössze 280 közjegyző tevékenykedik országosan, élvezve a kitágult jogi lehetőséget, presztízsből alaposan megemelkedve a jogász szakmák között.

Az egyetemi jogázképzés radikális kibővülése a '90-es évek folyamán azt eredményezte, hogy ma mintegy 16 ezer joghallgató tanul a jogi karokon, és évente 2000-2200 friss diplomás kerül ki innen munkát keresve (lásd Vavró 2000). És ez a kibocsátás még csak nőni fog az időközben beindult további jogi képzési helyek révén. Ez azt hozta létre, hogy a rendszerváltás kb. ötezer, hagyományos jogi pályán tevékenykedője helyett mintegy 13300 jogász dolgozik ma e pályákon. Az 1600 ügyvédi réteg helyett már 8200 ügyvéd van a pályán; a jogtanácsosi réteg ugyan nem emelkedett ilyen mértékben - helyettük sok helyen ügyvédek alkalmaznak szerződéssel a vállalatok a legtöbb helyen - ám még mindig másfél ezer körüli a számuk (lásd László Gábor 1999; Miklósy 2001). Az ügyészség létszáma lényegében nem változott, 1999-ben 1265 ügyész tevékenykedett, mert a rendszerváltás után egy sor korábbi feladatát elvesztette ez a valamikor mindenható jogász szakma (lásd Polt 2000). A bírói kar létszáma némileg emelkedve mára már 2300 főt tesz ki, melyet 250 bírósági titkár egészít ki (lásd Solt 1999). Az igazi bővülés tehát az ügyvédséget érinti, létszámban több mint ötszörösére emelkedve, és a jövő is, a vázoltak miatt, itt hoz majd létre további radikális bővülést. Jelezni kell még, hogy a bővülés eltérően érintette az eddigiekben az ország eltérő területeit. Megfelelően annak, hogy a társadalmilag-gazdaságilag fejlettebb részekben nagyobb a jogász-szükséglet, Budapesten az 1990-es 650 fős ügyvédség helyett ma már négyezer tevékenykedik, ami hatszoros bővülést jelent, míg Békés megyében az 1990-es 50 fős ügyvédi csoport helyett ma 170 ügyvéd van, ami csak háromszoros növekedést mutat.

Nagyobb a jogászok száma a közigazgatásban. A 3100 helyi és területi önkormányzatban tevékenykedő jegyző mintegy egynegyede jogász, és ez - kerekítve - 700 főt jelent, és ezentúl is a helyi és a területi önkormányzati igazgatásban további 800 a jogászok száma. A központi állami közigazgatásban a minisztériumok és más főhatóságokon dolgozó jogászok száma jelenleg 3300 fő. (Az adatok a BM Közszolgálati Főosztályáról származnak.) Mindez összesen - jegyzők, más önkormányzati jogászok, a központi közigazgatás jogászhai - mintegy

4810 jogászt tesz ki, és ezt adhatjuk a hagyományos jogászi szakmák 13300 jogászához. Ez valamivel meghaladja a 18 ezret, és ehhez még a legtágabb értelemben vett jogásként hozzá számolhatjuk a mintegy 1200-1400 jogászt, akik újságíróként dolgoznak, és akik a magyar újságírók kb. 20%-át teszik ki. Ezek ugyan semmiképpen nem jogi munkát végeznek, de jogászi végzettségük segít az információk feldolgozásában, és ez is adja a más szakmák konkurenciája közben a sikerüket ezen a pályán. Így a jövőben is mint a friss jogi diplomásokat felszívó szféra számba veendő ez a pálya.

Ha ezeket összegezzük, akkor 19500 jogászban adhatjuk meg a mai magyar jogászság méreteit. Ez valamivel több, mint amennyi joghallgató ma benn a jogi karokon jogászi pályára készül - ez 16 ezer főt tesz ki -, és ennek a kibocsátásából évi bő kétezerrel tovább nőnek jogászságunk méretei.

Mielőtt rátérnénk arra kérdésre, hogy meddig mehet ez a bővülés, és változatlan egyetemi jogász-kibocsátás mellett várható-e - és ha igen, akkor, mikor - egy robbanásszerű feszültség létrejötte a jogászi szakmában, érdemes megnézni két másik közép-európai ország fejleményeit e téren.

A cseheknél hasonló változás jött létre, mint nálunk. Az ügyészi és a bírói létszámok hasonlóak náluk is, mint amit itthon láthatunk, bár ott némileg kevesebb ügyész tevékenykedik. Összesen 800 ügyész volt a cseheknél 1995-ben - a mi 1265 fős ügyészi létszámunk mellett - miközben a lakosság száma nagyjából a miénknek felel meg (Blankenburg 2001:19). De az ügyvédség bővülése a cseheknél is nagy mértékű volt az elmúlt években, és az 1990-es kétezres cseh ügyvédség 1998-ra megháromszorozódott. Ugyanígy az egyetemi jogázképzés is felszökött, és ha nem is éri el a miénk méreteit, 1998-ban az egyetemi jogázképzésben résztvevők száma ott 12 ezer fő volt (lásd Blankenburg 2001:15).

Nagy a bővülés aránya a lengyeleknél is. A bírák száma némileg alacsonyabb egy millió lakosra vetítve, mint nálunk - nálunk ez a szám 230, míg a lengyeleknél 160 -, az ügyészeké azonos (120 ez a szám mind a két országban), de az egyetemi jogázképzés kibővülése még a magyar méreteket is jócskán meghaladja. Ez pedig az ügyvédi és az ott külön választva maradt vállalati jogtanácsosi réteget bővítheti csak, amennyiben a pályán lévők országos céhes szervezetei nem tudják valamilyen fokban lezárni a pályát előlük. Évente ugyanis a lengyeleknél mintegy 20 ezer friss diplomás özönlik ki az állami és az államilag elismert magánegyetemek jogi karainak falai közül, és a lakosságarányok eltérését (tízmilliós magyar és 38 milliós lengyel lakosság) figyelembe véve is ez majdnem háromszorosa a magyar kibocsátásnak. Tehát ha robbanásszerű feszültség jöhet létre a jogászi expanzió egy szintjén a jogászságon belül, akkor a lengyelekre kell figyelni, mert ott hamarabb megmutatkoznak majd ennek jelei. Ugyanis ha az ügyvédi és a jogtanácsosi kamarák beengedik - törvényhozási nyomásra - ezt az óriási tömeget, akkor az ügyvédi és jogtanácsosi rétegek belső feszültségei fokozódnak fel, ha pedig nem,

akkor a frissen végzett és munkanélkülivé váló fiatal jogászok között indulhat meg erjedés. Csak emlékeztetőként kell felidézni, hogy az 1968-as francia diáklázadásokat, melyek nagyon hamar társadalmi-politikai robbanássá váltak, egyik alapvető okként a radikális egyetemi expanzió váltotta ki, mivel a tömegessé váló szellemi szakmák presztízse nagymértékben csökkent, és az elvárásaiban csatlakozott egyetemi ifjúság könnyen fellázíthatóvá vált a rendszer ellen (lásd Rieffel 1993).

Ezek után visszatérve a hazai állapotokhoz, a további bővülések várható arányát kell felbecsülni, és azt, hogy ez meddig mehet, illetve milyen változások várhatók a bővülés révén. Az évi kibocsátás visszafogásában nem várhatók változások a következő években, mivel ehhez az egész egyetempolitikát, az egyetemi képzés bővítésének politikai prioritását kellene felülvizsgálni, és ezzel együtt az egyetemi képzés mind nagyobb részének piacra alapozását visszafordítani. A "kapós" szellemi szakmák pedig ebben a rendszerben az egyetemek túlélésének zálogát jelentik, és a jogászi szakma tipikusan ide tartozik. Ebből kiindulva az évi két-, két és fél ezres friss jogi diplomás kibocsátással számolni reálisnak tűnik a következő évekre. Ebből a számból a bírói és az ügyészi szféra néhány tucatnál többet nem tud felszívni, költségvetési okokból sem, de látni kell, hogy például a hazai bírói kar aránya a lakosságunkhoz képest az egyik legmagasabb Európában és általában a fejlett országok között, és csak a németek előznek meg, akiknél egymillió lakosra a magyar 230 bíróval szemben 270 jut (Blankenburg 2001).

A közigazgatási szféra lehet még néhány évig kitörési pont a jogászok számára. A jegyzőknek ma még csak egynegyede jogász, és itt még a jogi diploma presztízse előnyt jelent más diplomásokkal szemben. Eddig is inkább a városokhoz és a nagyvárosokhoz ragaszkodás miatt nem töltődött fel jobban jogászokkal ez a terület, de a hagyományos jogászi szakmák telítődése kapóssá teheti a friss diplomások egy része előtt ezeket a helyeket is. De a városi és a megyei önkormányzatok is sok jogászt fel tudnak szívni, még ha az egyes speciális igazgatások a jogin kívül még egy diploma megszerzését is szükségessé tehetik. Nagy konkurenciánál, ahol az alternatíva a munkanélküliség, nagyobb lesz a készség erre is. Más diplomásokkal konkurálva, a központi közigazgatás is jóval több jogászt fel tud szívni a mainál, és itt még hangsúlyosabban merülhet fel a jogin kívül még egy diploma megszerzése. Mindezt összevéve, a közigazgatás teljes felszívóképessége még néhány ezer friss diplomás számára munkát adhat a jövőben. Ám látni kell, hogy az évi két és fél ezres jogász-kibocsátás mellett ez is egy-két év alatt telítődhet. Emellett itt a volt Államigazgatási Főiskola mai utóda és a Rendőrtiszti Főiskola képzése is konkurenciát jelent.

Évenként mintegy másfél-, kétezer fő számára így egyszerűen nem marad más jogászi munkalehetőség, mint a szabad ügyvédi pálya felé nyomulás. Az Ügyvédi Kamara egyik vezetője, Bánáti János évi ezer főre becsülte a közelmúltban az ügyvédi pályára újonnan belépők számának felső határát (lásd László Péter

konferencia beszámolóját: László 2001). Mivel azonban a jogszabályi rendelkezések szerint a központi ügyvédi szervezet nem tud hatni az egyes ügyvédi irodák befogadási készségére, a lassanként “fizetőssé váló” ügyvédjelölt-befogadásból befolyó összegek egy sor ügyvédi irodát ennek radikális bővítésére ösztönözhetnek. Ez pedig az évi ezer fővel való bővülés helyett ennek kétszeresét is létrehozhatja néhány év múlva. De még ha a kisebb bővülés is valósul meg, 2010-15 között mintegy 20 ezres ügyvédi létszámmal kell számolnunk, ha pedig a nagyobb, akkor erre az időre 30 ezres ügyvédi rétegünk is létrejöhet.

Ha ezt a számot látjuk, akkor fel kell idézni, hogy ez nagyjából megfelel a világ jogászilag legtelítettebb országának, az Egyesült Államok telítettségének, egymillió lakosra 3 ezer ügyvéd. De hogy közelebbi összehasonlítást hozzunk, a 25 ezres görög ügyvédségre kell emlékeztetni, a nagyjából a magyar lakosságnak megfelelő lakosságszám mellett. Tehát ez a létszám elvileg még működtethető, igaz, ez a felduzzadás az amerikaiaknál az agresszív jogászi terjeszkedés jelenségeit hozta létre, a legkülönbözőbb szférákban az ügyvédi felajánlkozást, a kártérítési kockázat átvállalását az ügyvéd részéről is, és a perköltségek ügyvédi megelőlegezését stb. a munka elnyerése érdekében (Abel 1989). Mindezek következtében a perek és a peren kívüli eljárások megsokszorozódtak az Egyesült Államokban, és ezek meghaladják a magyar adatokat e téren.

A jogászi telítettségnek ebből a növekedéséből - a létrejövő feszültségek mellett - az ügyvédi pályán belüli nagyobb konkurencia kialakulása várható, de ugyanígy a markánsabb eltérések növekedése is az egyes ügyvédi rétegek között. Ilyen ügyvédi létszám mellett a belső szakosodás felé is sokkal nagyobb lesz a ösztönzés, mint azt az amerikai és a nyugat-európai példák is mutatják (Gellner 1998:508). Alacsonyabb pergyakoriság mellett egy-egy ügyfajtából nem keletkezik annyi munka, hogy az ügyvédek között ezekre szakosodás induljon meg, mint mutatják a mai hazai példák is, ahol miközben a fővárosban a nagyobb ügyforgalomban már kialakultak a szakosodás jelei, és egyes ügyvédi irodák már főként vagy kizárólag csak meghatározott gazdasági, polgári jogi ügyekkel foglalkoznak, addig egy sor vidéki körzetben erre nem adnak lehetőséget az ügyek és a pergyakoriság számadatai (lásd László 2001).

Az “abszolút” telítettség idejének eljövételét nem lehet előre kiszámítani, mert mint láttuk, ez egy sor dolog alakulásától függ. De 10-15 év múlva valamikor ez mindenképpen beáll, és a kiépült egyetemi jogászképzési intézményrendszernek erre fel kell készülni. Nézzük meg, hogy e téren milyen összefüggések tárhatók fel.

A legalapvetőbb fejlemény az egyetemi jogászképzésre nézve abból adódik, hogy a jogászság viharosan gyors bővülése az abszolút telítettség elérése idejére is egy viszonylag fiatal átlagéletkorú jogászságot talál. Ha 1995-től vesszük a nagyobb évjáratok belépését az ügyvédi pályára, akkor egy 2015-ös telítődésnél is egy 40-45 éves átlagéletkorú ügyvédi réteggel kell számolnunk, melynek legnagyobb része

még jó húsz évig a pályán kíván maradni. A gyors növekedés problémáit egy pont után tehát egyszerre adja a telítődés elérése, és az, hogy a fiatal átlagéletkor miatt a pályáról kiesés szinte teljes leállása várható sok éven keresztül. E probléma társadalmi visszajelzése már néhány év múlva csökkentheti a jogi karok felé az özőnlést, noha ez eleinte csak azt jelenti, hogy a többszörös túljelentkezés megszűnik a jogi karokra, és az egyetemek számára szükséges finanszírozás miatt egyre inkább minden jelentkező bekerül majd a jogi karokra. A telítődés látható jelei azonban egy idő után gyorsan leállítják a szinten tartáshoz szükséges felvételiző tömeget is, így akár az évtized vége felé már fennmaradási probléma elé nézhet több hazai jogi kar is. (Információink szerint a hasonló problémával szembesülő németeknél már komoly mértékben megindult a jogi karokra jelentkezők számának csökkenése, miután a társadalom észlelni kezdte a telítődött jogász szakmák radikálisan szűkülő befogadási képességét.) Ebből egyik gond az egyetemi jogászság számára eredhet, hisz egy részének - akár a nagyobb részének - munkájára egyszerűen megszűnik az igény. Ez persze két feltétel esetén lenne drámai. Egyrészt ha minden hazai jogi kar önálló tanári gárdával rendelkezne, másrészt ha az egyetemi jogászság nem venne részt másik foglalkozásban (ügyvédként, ügyészként, bíróként stb.) a jogi életben. Ma ezek egyike sem áll, hisz a legtöbb hazai jogi kari oktató egyszerre több egyetemen tanít, és csak így tudott létrejönni a gyors felfutás ezen a téren. Másrészt a fiatalabb oktatók közül sokan, akik már az egyetemi jogászság tekintélyes részét teszik ki, párhuzamosan egy gyakorlati jogász szakmában is tevékenykednek. Ezt az összefüggést azért is fontos kiemelni, mert az új jogi karok törekvése az, hogy saját, önálló tanári gárdát hozzanak létre, a mai összefonódott, közös oktató gárdák helyett. A viharos bővülés vége és a telítődés bekövetkezése ezt a törekvést feltehetően illuzórikussá teszi.

Egy másik kérdést jelent - az oktató állomány sorsán túl - maguknak a jogi karoknak a további sorsa. Itt a főbb utakat tekintve három fontosabb lehetőség (vagy "sors") kínálkozik. Az egyik út az lehet, hogy alacsonyabb létszámmal, de továbbra is folytatni tudja néhány jogi kar a jogász alapképzést, új jogászokat képezve. Ha a jogász pályára nem is valószínű nagyobb számban az így végzetek bekerülése, de a jogász cím presztízse, további diploma megszerzése előtt néhány év eltöltése joghallgatóként stb. még a jogász szakmák drámai telítettsége mellett is vonzhat kisebb létszámot a jogi karokra. Egy másik kiút lehet, mielőtt a megszűnést választja az önmagát már fenntartani képtelen jogi kar, hogy a jogász specializálódásra, a jogász-továbbképző szerepben kísérel meg új területeket találni. Az ügyvédi konkurencia növekedésével ugyanis a szakügyvéddé válás az egyik kitörési pont, és a jogi karok - első átalakulással - életben maradást találhatnak e területen. Végül a harmadik lehetőség a jogászképzés piacának végleges beszűkülése után az, ha az egyetem vezetése egyszerűen bezárja a tartósan veszteségesé vált jogi karát. Csak remélhetjük, hogy erre a sorsra kevés jogi kar jut.

E drámai fejlemény említése után érdemes jelezni, hogy a jogász-túlképzésből adódó problémák mellett a felerősödő konkurencia a jogi karok között egy régen

húzódó súlyos gond megoldására ösztönzést is adhat. A jelenlegi jogi oktatás a több évtizedes kényelem után - amikor a lefajtott jogászképzési keretek miatt bármilyen jogi diplomás után kaptak - olyan tantárgyi anyagokat alakított ki, amelyek viszonylag tekintélyes része a mindenkori, gyorsan változó jogszabályok egyszerű ismertetéséből áll. Miközben a polgári jog, a büntetőjog, ezek eljárásjogai és jó néhány más jogi tantárgy a tartós jogintézményeket, a jogi fogalmakat és jogi problémákat tanítja meg a joghallgatóknak - és az éppen hatályos jogszabályok csak illusztrációként szolgálnak a megértéshez -, addig a tantárgyak másik része eltekintett attól a nehéz tudományos munkától, hogy a változó jogszabályszövegek alatt elkülönítse a tartós jogi struktúrákat, és csak a jogszabály-szövegeket tanítja. Ezek azonban három-négy év alatt jórészt kicserélődnek, és mire a diplomát megszerzi a joghallgató, talán már nem is hatályos az általa megtanult tananyag jó része. (Egy kari tanácsi emlékem a közelmúltból: a más egyetemekről átjelentkezők különbözeti vizsgához kötése volt a vita tárgya, és az egyik ilyen tantárgy tanszékvezetője némi büszkeséggel mondta, hogy az ő tantárgyából mindenképpen kell a különbözeti, hisz két-három év alatt a tanított anyag nagy része kicserélődik náluk...). És nem néhány jogi tantárgy ilyen tananyagra alapozva adja meg az ismereteket az egész életre szóló jogi diplomához.

Az említett kari tanácsi élmény is mutatja, hogy az eddigiekben nem tudatosult igazán az egyetemi jogász közvéleményben, hogy homokra épített az a jogászképzés, amely nem kis részben ilyen gyorsan avuló ismeretek átadására alapozott. A jogászképzés magas számai már napjainkra is megindították az egészséges konkurenciát a karok között, és a diplomák értékének eltéréseit kezdték kialakítani. Ezt kellene a jövőben objektívebb paraméterekre állítani - esetleg az országos jogász-szervezetek közös értékelő bizottságának felállításával - és ez ráveheti a jogi karokat a túlélésre törekvés nyomása alatt a "salak" tananyagok, a pusztá jogszabály-ismertetésre épülő tantárgyak kirotálására.

Összehasonlítható adatokat figyelembe véve több-kevesebb pontossággal prognosztizálható a társadalmak jogász telítettségének menete és ennek lehetséges következményei. A hazai állapotok mellett erre egy bő évtized múlva lehet számítani. De hogy a társadalom jog- és jogász iránti szükségletét más oldalról is rendszeresen szemügyre vegyük, a következő fejezetben a társadalmak pergyakorlatának alakulását - amely ezt a szükségletet a legközvetlenebbül befolyásolja - is elemezni kell.

## 2. A perszociológia kérdései

Az egyes országok joga a normák és az ezek közötti jogdogmatikai értelmi összefüggések mellett a jog mindennapi működésében ismétlődő tényszerű összefüggések szintjén is egy sajátos felépítést mutat. Aki hosszabb ideig



tevékenykedik a joggyakorlatban, az egy idő után spontán módon a szabályosságok tömegét jegyzi meg magának, és ez a tudása elengedhetetlen ahhoz, hogy könnyedén és biztos módon tudjon tájékozódni napi jogász munkájában. Az empirikus jogszociológia tulajdonképpen ezeket a tényszerű szabályszerűségeket igyekszik rendszeresen feltárni, és tudományos szintű, általános megállapításokba foglalni ezeket. A perekre összpontosító ténygyűjtés a jogszociológia egyik kiemelt területévé vált az elmúlt évtizedekben, és ebben a fejezetben az itt feltárt összefüggések közül emelünk ki néhányat.

## 2.1. A pergyakorítás általános kérdései

A társadalom jog iránti igényét, az emberek közötti érintkezésekben létrejövő konfliktusokhoz a jog igénybevétele és ebben az egyes társadalmak nagy eltéréseit jól mutatják az egyes országok bírósági statisztikái. Ezek elemzésével és az eltérések mögötti okok vizsgálatával mélyebben meg tudjuk érteni, hogy miért és milyen mértékben van szükség egy társadalomban jogra és ezzel együtt jogászokra.

Ha széles körben összehasonlítjuk az egyes országokat a pergyakorítás szempontjából, és egy rangsorba állítjuk ezeket a pergyakorítás csökkenésének sorrendjében, akkor rögtön szembeötlővé válik, hogy a lakosság egy meghatározott számára vetítve a fejlettebb országokban általában nagyobb tömegű perindítás és bírósági nem peres eljárás a jellemző, míg a legfejletlenebb országok általában a pergyakorítás rangsorában az utolsó helyeken állnak. Ebből le lehet vonni első következtetésként, hogy *a társadalmi fejlődés menetében a jog és a jogász iránti igény növekszik, sűrűbben merülnek fel konfliktusok, és ebben gyakoribb a jogon keresztüli feloldás igénybe vétele, és a jogon kívüli konfliktus-megoldási formák szerepe csökken.* Például a legmagasabb pergyakorítási mutatóval a magánjogi-gazdasági jogi perlés terén az 1987-1996-os időszakot tekintve az Egyesült Államok, Németország, Svédország és Izrael rendelkezett, míg az utolsó helyeken India, Nepál és Etiópia állt (lásd Wollschlager 1998:582). Ez az általános igazság azonban, ha belső bontásban nézzük meg a civilizált területén a pergyakorítást az egyes országok között, további fontos összefüggések feltárásával bővíthető.

A magasabb társadalmi fejlettségi mutatókkal rendelkező országokban is *növeli a pergyakorítás szintjét, ha történelmi fejlődése miatt az etnikai szolidaritás és kohézió szétterjedt a társadalom egészében.* Ennek példája az Egyesült Államok, amely az elmúlt két évszázadban a legkülönbözőbb nemzetek népességéből vette utánpótlását, és az "olvasztótégely"-elv múltbani sikere mellett is a konfliktusok tömegét okozza az etnikai sokszínűség a mindennapi érintkezésekben. Másik példa a pergyakorítás terén szintén egyik világszínvonalú Izrael, amely az elmúlt fél

évszázadban építette ki társadalmát. Az alacsony társadalmi kohézió, amellet, hogy növeli a mindennapi érintkezésekben a feszültségeket és a konfliktusok kialakulásának az esélyét, még azzal is hozzájárul a jog igénybeviteléhez, hogy a társadalmi csoportok közötti ellentmondások magas szintje nem teszi lehetővé a békés konfliktusmegoldásokat és a közösségi szankciók erejében való bizalmat. Így csak a jog és végső fokon a kényszerapparat marad a konfliktusok feloldására.

Emellett növeli a pergyakoriságot, ha a társadalomban nagy a mobilitás, mind a társadalmi rétegek hierarchiája viszonyában, mind a lakóhely-változtatás terén. Az első növeli az érintkezések konfliktusainak gyakoriságát azzal, hogy akár egy generáció életében lehetővé teszi (pl. kiváló iskolai előmenetellel) az eltérő társadalmi rétegbe kerülést, és az így jórészt eltérő szocializáción végigfutottak szoros családi, munkahelyi stb. kapcsolatokba lépnek tömegesen egymással. A másodikat tekintve, a lakóhely-változtatás gyakorisága pedig a személytelen mozzanatokot viszi be még az intim közösségek belsejébe is, míg a stabil és csak ritkán változó lakóhelyek dominálása esetén érzelmibb és személyesebb viszonyok jellemzők a mikroközösségek érintkezéseiben. Az Egyesült Államok mindkét dimenzióban világelsőnek tekinthető, és az etnikai színessége mellett ez is fokozza az itt megfigyelhető magas pergyakoriságot.

A magasabb társadalmi fejlettségi szinten létrejövő nagyobb pergyakoriságot két fontos ellentendencia visszafordíthatja az egyes életszektorokban, és ez jelzi, hogy a magasabb társadalmi fejlettség csak a jogi viták alapjául szolgáló konfliktustömeget növeli meg, de az, hogy ebből milyen nagy rész válik végül valóban jogi vitává, még további körülményektől függ. Az egyik ellentendenciát *a jogi vita biztosítással való helyettesítése* váltja ki, a másikat a *konfliktusok mediáció útján való elintézése*.

A jogi vitává és perré váló konfliktusoknak a biztosítással való megoldására a jó példát a közlekedési balesetek területéről lehet venni, de a biztosítások tömegessé válása az élet egy sor területén mutatja, hogy az itt feltárt szabályszerűség tágabb körben is működik. A gépkocsiforgalom elterjedése az 1960-as évek elejéig a közlekedési balesetek által okozott kártérítési perek nagy tömegét hozta létre, és mivel az ilyen balesetek majdnem minden esetben komoly vagyoni károkat okoztak, az esetek többségében perré vált az így keletkezett konfliktus (Ietswaart 1988:179). A meghatározott statisztikai valószínűséggel előforduló balesetek hamar elterjesztették a biztosítást ezen a területen, és ezzel a rendszeresen fizetett kisebb összegű biztosítási összeg levette a baleseti kockázatot az egyes közlekedési résztvevők válláról. Ha egy balesetben az érintett gépkocsik mindegyike biztosítva van, akkor a perré váló konfliktus helyett a biztosítótársaságok egymás között - a biztosítási szakma belső előírásai és a jog által nyújtott keretben - intézik el a károk rendezését. Amióta pedig kötelező előfeltétellé tették a legtöbb országban minden gépkocsi számára a kötelező felelősségbiztosítás megkötését, fő szabály szerint az autóbalesetben érintettek között megszűnt a perbeszállás melletti konfliktusmegoldás, és a biztosítótársaságok belső ügyévé váltak ezek. Ennek

következményét a pergyakoriság alakulásában jól mutatja, hogy míg például Franciaországban az 1970-es évek elejéig - a kötelező felelősségbiztosítás bevezetéséig - a helyi bíróságoknál folytatott perek mintegy egyharmadát a közlekedési balesetek utáni kártérítési perek tették ki, addig az 1980-as évek elejére már alig 3-5% körül volt ez a szám (lásd Ietswaart 1988:178). Perre ugyanis csak akkor kerül sor azóta, ha a balesettel érintettek nem tudnak megegyezni a vétkesség kérdésében, de a közlekedési szabályok részletes előírásai a legtöbbször ezt nyilvánvalóvá teszik, és nincs vita. Egy jelentős per fajta így a biztosítási szektor révén egyszerűen kiesett a bírósági ügyforgalomból, és a biztosítás terjedése újabb és újabb területeken a pergyakoriság növekedésének fékezőjévé válik.

Egy másik ellentendencia a perek számának növekedésével szemben a konfliktussal érintett felek mediátor közbejöttével való megegyezése. Különösen ahol valamiféle tartós kapcsolat van a konfliktusban érintett felek között, van esély a közvetítő útján való megegyezésnek, mert a vitás kérdésen túl egy sor érdek kötheti össze őket a tartós kapcsolaton belül, melyek a per esetén károsodnának, akár az egész tartós kapcsolat tönkremehet. A tartós kapcsolatok pedig egy-egy funkcionális területen nagy szervezetek révén olyan mögöttes bázisra tesznek szert, amely lehetővé teszi, hogy belső békéltető-közvetítő szervezetek létrehozásával elkerüljék az ilyen konfliktusok a bíróságokat és a perbeszállást, és belső ügyként kerülnek elintézésre ezek (lásd Blegvad/Wulff 1988:132).

A "magasabb társadalmi fejlettségen nagyobb pergyakoriság" általános tétele tehát úgy finomítható, hogy mindez egy-egy életszektorban visszafordítható speciális pert elkerülő konfliktus-megoldási mechanizmusokkal, így a biztosítás rendszeressé válása egy-egy tevékenységi körben ilyen hatással jár, illetve a közvetítő-békéltető mediációs eljárások csökkenthetik még a pergyakoriságot. Összességében azonban a fő szabály mindenképpen érvényes, és a magasabb fejlettségű régiókban (vagyis a modernizáltabb és a nagy ipari-szolgáltatási szektorral rendelkező részekben, szemben a falusi-mezőgazdasági térségekkel) a konfliktusokból perré alakuló esetek száma nő. Ez jól látható a magyar gazdasági perek országos megoszlásában. Ezek száma 1997-ben majd húszezer volt, és míg 10 ezer lakosra vetítve Budapesten 46 ilyen per jutott, addig Szabolcs-Szatmár-Bereg megyében 6,6 volt ez a szám, Borsod-Abaúj-Zemplén megyében 7,5, Békés megyében 8,5 (lásd Vavró: Régiók 1998, 12. táblázat). A fejlődés, a komplexitás növekedése összességében mindenképpen növeli a pergyakoriságot, még ha egy-egy szektorban a jelzett ellentendenciák csökkenthetik is ezeket. Ezek az ellentendenciák inkább csak arra jók, hogy elviselhetővé tegyék a pergyakoriság robbanásszerű növekedését, de maga a növekedés - úgy tűnik -, hogy összességében kikerülhetetlen.

## 2.2. Pergyakoriság az egyes országokban

Christian Wollschlager egy tanulmányában az 1995-96-ös évek igazságügyi statisztikáit alapul véve egy sor ország pergyakoriságát hasonlította össze. Nézzük meg, hogy az egyes országok között milyen lényegesebb eltérések mutathatók ki! Az összehasonlításban érdemes különvenni a szűkebben vett magánjogi, a munkajogi és a családjogi vitákat.

A szűkebben vett magánjogi pereket illetően ezer főre számolva Izrael áll a csúcson 71 perléssel, öt követi Anglia 61 perléssel, ezután az USA következik 56-tal. Ám jelezni kell, hogy ezekben az országokban nem különítik el a hitelre vásárlás utáni esetleges adósság behajtásának bírósági eljárásait, pedig ezek tekintélyes részt tesznek ki a magánjogi bírósági ügyek között. Pl. Németországban, ahol elkülönítik a statisztikák ezt, csak 23 magánjogi perlés jut ezer főre, és ezen túl 83 az ezer főre eső adósságbehajtási nemperes eljárások száma. Ugyanez a svédeknel 26, illetve 85, a dánoknál 21, illetve 41, a franciáknál 24, illetve 11 (lásd Wollschlager 1998:588). Ha a hazai adatokat nézzük, akkor 1997-ben 196 ezer polgári perindítás volt, ami ezer főre - kerekítve - 20 perlést jelent, és ez nagyjából azonos a jelzett nyugat-európai országok adataival. Emellett 330 ezer gazdasági és polgári nemperes eljárás indult ebben az évben, és ezzel - miközben a legfejlettebb nyugat-európai országok szintjén vagyunk - Közép-Európában az elsőnek számítunk. Wollschlager adatai szerint Csehországban az összes - polgári jogi peres és nemperes, illetve munkajogi - eljárás ezer főre vetített aránya 22 volt, Lengyelországban pedig 23, és ez a szám Magyarországon 55-re ment fel (Wollschlager 1998:587). Ez azt jelentette, hogy az egyaránt tízmillió körüli lakossággal rendelkező Csehországot és Magyarországot tekintve az elsőben 220 ezer volt a polgári jogi jellegű peres és nemperes eljárások száma, nálunk pedig 520 ezer. Az 1998-as hazai statisztikai adatok szintén hasonló nagyságrendet adnak meg: 560 ezer volt ekkor ez a szám (lásd Solt 1999:55). A nagyjából azonos társadalmi fejlettség ellenére a két ország közötti óriási eltérést más társadalmi okok magyarázhatják. Wollschlager mindenesetre ezt a különbséget azzal magyarázza, hogy a piaci viszonyokat már évekkel a rendszerváltás előtt bevezető Magyarország jog iránti igénye nagyobb, mint az ezen a téren csak 1990-től elinduló Csehország, és a piaci viszonyokra való teljes átépülés után itt is várható a magyar pergyakorisági mutató elérése (Wollschlager 1998:578).

A munkajogi vitákra és az ezekből származó peres és nemperes eljárásokra áttérve szintén nagy eltéréseket láthatunk az egyes országok között. Ezen a téren abból kell kiindulnunk, hogy a tartós alkalmazásban dolgozó munkavállaló a tradicionális-agrárius társadalmakban a mindennapi munkavégzésben alapvetően csak a "főnök" jóindulatára támaszkodhatott, és a teljes alárendeltség határait csak a jogon kívüli társadalmi szokások rögzítették. Az állami munkajog belépése e viszonyok szabályozásába ezt a teljes alárendeltséget igyekszik átformálni kölcsönös jogok és

kötelezettségek együttesévé. Ebből következik, hogy *abban a mértékben, ahogy a tradicionális agrártársadalmak mentalitása még előbb egy országban, a létrejött munkajogi szabályok és bíraskodás ellenére csak a felmerült konfliktusok kis részénél veszik ezt igénybe.* A munkás- és dolgozó közösségeken belül a vitákat formális munkajogi útra terelő dolgozó, még ha a társai neki is adnak igazat, könnyen az izgága, összeférhetetlen hírnevet szerezheti meg magának, és ebben a légkörben szocializálódva eleve kisebb a hajlandóság a munkajogi vitás utak igénybevételére. Ez teszi érthetővé, hogy az Európai Unión belül a még nem túl régen agrárius jellegű Portugáliában 10 ezer főre csak két munkajogi perlés jutott 1994-ben, míg Németországban 77 volt ez a szám (Wollschlager 1998:588). Az átlagos szám a fejlett európai országokban 20 körül mozog. Említeni kell mellettük Izrael kiugró adatait ezen a téren, ahol 1995-ben a munkajogi perek gyakorisága 10 ezer főre számítva 106 volt, vagyis a nyugat-európai átlag ötszöröse, de az itt legkisebb számmal rendelkező Portugáliához képest 50-szeres az izraeli munkajogi pergyakoriság aránya. És itt újra fel kell idézni az alig fél évszázados izraeli társadalom lakosságának belső színességét, és az ebből fakadó kohéziós problémákat is.

Magyarország ezen a téren - miközben a tág értelemben vett magánjogi pergyakoriság terén felfelé tér el a közép-európai átlagtól - meglepő módon kis számadatokat mutathat fel. Az 1997-es munkaügyi vitákat tekintve 10600 munkaügyi per indult első fokon, és emellett 2250 volt a munkaügyi nem peres eljárások száma ekkor (lásd Solt 1999:55). Ez azt jelenti, hogy 10 ezer főre számítva 13 perlés jutott, tehát majd fele a nyugat-európai átlagnak.

Érdemesnek tűnik felbontani a 196 ezer polgári pert összefoglaló kategóriát, mert a magyar igazságügyi statisztikák ebbe belefoglalják a családjogi jellegű pereket is, hasonlóan a csehekkel, de szemben például a lengyelekkel. A családjogi jellegű perek pedig nagyon magas arányt tesznek ki e kategórián belül. A vizsgált 1997-es évben például 37 ezer válás és 20 ezer gyermektartási per volt, de e kettőn kívül néhány ezres nagyságban apasági és származás megállapítására irányuló per, házassági vagyoni per, az elvált szülők közötti, gyermekekkel kapcsolatos egyéb per volt még. Összesen 75 ezer volt az ilyen családjogi jellegű per a 196 ezer polgári pert jelző kategórián belül, ami majd 40%-os arányt jelent (lásd Vavró: Polgári perek 1993-1998, 2. táblázat). Ilyen magas családjogi perlési aránnyal a világon csak néhány ország rendelkezik. Például az USA statisztikái szerint ezer főre ott 18,4 családjogi per jut, ami a világon a legmagasabb szám, Izrael második helyen áll 15,4-es aránnyal, a lengyeleknél 6,9, Németországban 5,6, Franciaországban 2,1 ez a szám, és Magyarország 7,5-es aránnyal állítható be ebbe a sorba. Vagyis az USA és Izrael után a harmadikak vagyunk a családjogi perek számát tekintve. Azt, hogy ez a magas családjogi konfliktustömeg nem egyetlen, rosszul választott mintavétel évének véletlene, mutatják Kengyel Miklós 1984-es statisztikai adatai, amikor a 144 ezer polgári perből 62%-ot tett ki a családjogi perek aránya, amelyből 47 ezer volt a válási, 29 ezer a gyermektartási perek száma (lásd Kengyel 1990:15). De Kulcsár

Kálmán 1976-os adatait is idézhetjük, mely szerint az akkori 174 ezer elsőfokú polgári perből 93 ezer volt a családi jogi perek száma (ez 55%), és ebből 44 ezer a válási, 32 ezer a tartási perek száma volt (lásd Kulcsár 1982:20). A polgári per tehát ekkor zömmel inkább családjogi per volt, és a tipikus ügyvéd a "válóperes ügyvéd", míg a rendszerváltás után a piaci viszonyok expanziója a vagyoni perek gyakoriságának megugrását hozta, melyek összehasonlíthatatlanul magasabb jövedelmet biztosítanak az e felé forduló ügyvédek számára.

Összességében tehát Magyarország a pergyakoriságot figyelembe véve fejlettségi szintjét meghaladóan magas jogi konfliktus-megoldási igényt mutat fel, és ez bizonyos fokig indokolja a jogászság '90-es évek közepén meginduló ugrásszerű növekedését. Így finomítva már az is látható, hogy a jogászképzés expanziójában a magyar szinttel együtt haladó cseh expanzió már nem ennyire alátámasztható az alacsonyabb jog iránti igény miatt, hisz ez a magyar pergyakoriság felét sem éri el. De különösen a lengyel jogászképzés minden mértéket felülmúló felfutása nincs lefedve nagy persűrűséggel, és így a túlképzés feszültségei ez okból is hamarabb jelentkezhetnek ott.

### 2.3. A perek időtartama

A jog valóságának megismerését egy másik dimenzióban teszi lehetővé, ha a perek időtartamát és az ezt meghatározó ténybeli szabályszerűségeket vizsgáljuk meg. Már a kiindulópontban jelezni kell, hogy nagy különbségek vannak az egyes országok között ebből a szempontból, és a társadalom tagjainak jogkereső magatartását, illetve a jogászok tevékenységét alapvetően befolyásolja, hogy röviden, néhány hónap alatt folynak le a perek, vagy évekig esetleg több évig tartanak.

A perek hosszabb vagy rövidebb időtartamának strukturális, társadalmi-gazdasági okai vannak. Ha szétnézünk a különböző országok között a pertartamok hosszát kutatva, és az ezekben ható, okozati összefüggéseket vesszük szemügyre, akkor a következő négy okot lehet kiemelni: 1. A perek idejének elnyújtásához adja meg az alapot, ha a bíró passzivitásra van szorítva a pervezetésben, és ezt alapvetően a szembenálló felek ügyvédei határozzák meg. Ezzel szemben csökkenti a perek időtartamát, ha a pervezetés döntően a bíró kezében van. 2. Egy másik okot a per elnyújtására az adja, ha az ügyvédek óradíjas alapon kapják az ügyvédi munkadíjat, mert akkor egy perben végtelenül elmélyülve tudják növelni a jövedelmüket. Ezzel szemben, ha jogszabályilag rögzített munkadíj van rendelve egy-egy perfajta mellé, akkor az ügyvéd jövedelem-maximalásra törekvése csak akkor racionális, ha a legkisebb időt igyekszik fordítani egy perre, és újabb és újabb pereket igyekszik rövid idő alatt elintézni (lásd Dannemann 1996:281). Az utóbbi tehát csökkenti átlagban egy-egy per időtartamát, míg az óradíjas rendszerben tendenciaszerűen

elkezdnek elnyúlni a perek. 3. Egy harmadik okot jelent a perek időtartamának növekedésében az adott ország bírói karának túlzottan kis létszáma, mert a pergyakoriság növekedése miatt ez korlátozza a tárgyalásra tűzhető ügyek számát. Ezzel szemben a bőségesen rendelkezésre álló bírák esetén rövidebb idő alatt befejeződnek a perek, hisz egy-egy elnapolás vagy más tárgyalásnap-ismétlés miatt nem kell hónapokig sorba állni a sok ügy között a következő tárgyalási nap kitűzéséért. 4. Az előbbi mellett egy kiegészítő negyedik okot jelenthet a perek elhúzódására, ha elegendő bíró van ugyan egy ország jogszolgáltatásának működtetésére, de ésszerűtlen szervezés miatt kevés a kiegészítő személyzet, így a bírák egy sor adminisztratív és más, nem igazi bírói munkát is ellátnak az ítélezés során. Ezzel szemben csökken a perek időtartama - még kevesebb bíró esetén is -, ha bőségesen áll a bírák rendelkezésére a kiegészítő személyzet.

A fentieket szem előtt tartva jól megérthetők a perek eltérő időtartamának okai, ha Nagy-Britanniát, az Egyesült Államokat, Németországot, Franciaországot és Magyarországot hasonlítjuk össze ebből a szempontból. Nagy-Britannia és az USA a hosszú ideig tartó perek országai, és ebben a fenti okok közül az első három játszik szerepet. Ezzel szemben Németország és Franciaország a rövid perek országai. (Magyarországra e két csoport összehasonlítása után térünk ki.)

Nagy-Britanniában az alsófokú bíróságoknál, a "county court"-oknál a kereset beadása után átlagosan tekintve másfél év telik el az első tárgyalási nap kitűzéséig, és mivel az óradíjas alapon fizetett ügyvédek érdekeltek a per "tartósításában", az ítélelhozatal még hosszú-hosszú ideig nem várható (Dannemann 1996:186). De a leterheltebb bíróságok, mint a Londonban levők, csak három év várakozás után tudják megtartani az első tárgyalási napot egy-egy ügyben. Az Egyesült Államokban még hosszabb ez az idő, és ennek duplája is lehet az egyes bíróságoknál. Mindkét országra - mint a common law országokra általában is - jellemző a passzív bírói szerep a pervezetésben, és a szembenálló felek ügyvédei határozzák meg a per lefolyását. Ugyanígy az óradíjas alapú ügyvédi munkadíj is az elnyújtás felé ösztönöz, és végül a krónikusan kis létszámú bírói kar említhető még mindkét országnál. Az egymillió amerikai ügyvéd mellett alig néhány ezer a bírák száma, de Nagy-Britanniában is a 72 ezer ügyvédre (60 ezer solicitorra és 12 ezer barristerre) alig néhány száz bíró jut (Miers 1999). A problémát okozó alacsony bírói létszám emelése pedig a common law bírói precedens-jellege miatt hozna magával veszélyeket. Ti. a precedensek egységes értelmi rendszerszerűsége csak kis bírói létszám mellett tartható, és ha több bírói fórum működne, akkor a sok eltérő bírói fórum következtében belső ellentmondások keletkezhetnének, ami szétfeszítené a rendszert. Ám így meg a pergyakoriság növekedése hoz létre elviselhetetlen hosszúságú pereket.

A többéves angol és amerikai perekhez képest a franciák és németek rendszerint gyorsan elintézhetik pereiket. A francia alsófokú bíróságoknál a magánjogi perek nagyon nagy többsége (73%) négy hónap alatt befejeződik, de egy éven felül is csak

3-4% terjed ki (lásd Ietswaart 1988:210). Nagyjából hasonló a perek rövideége a németeknél is, és a magánjogi perek (beleértve a családjogi és a munkaügyi pereket is) többségükben hat hónap alatt befejeződnek, és egy éven túl itt is csak 5% nyúlik el (lásd Dannemann 1996:279). A gyors és rövid perek első két oka megegyezik mindkét országban: aktív bírói pervezetés – szemben az angol és az amerikai passzív bíróval -, illetve a perfajtaként rögzített ügyvédi munkadíjak rendszere ezekben az országokban, szemben az angol és az amerikai óradíjas ügyvédekkel. Ám a harmadik okot illetően eltérés van a két ország között. Míg Németország - lakosságarányosan - a világon a legnagyobb bírói karral rendelkezik (1998-ban 27 ezer bírót tartott itt), addig a franciáknál ez jóval kisebb. Ám náluk az egyes bírótat kisegítő nagy létszámú személyzet tehermentesíti a bírótat a nem jogi, adminisztratív és a kisebb, pertechnikai jellegű döntések alól (pl. a greffier-ek révén), és csak az érdemi bírói munkával kell foglalkozniuk (lásd Ietswaart 1988:209-212).

Magyarországra áttérve, ha általánosságban akarjuk elhelyezni a hosszú perek vagy a rövid perek országai között, akkor azt mondhatjuk, hogy közelebb áll ugyan a rövid perek országaihoz, de átlagban valamivel hosszabbak a perek nálunk minden perfajtában, mint azt a németeknél vagy a franciáknál láttuk. *Polgári perek* esetén a helyi bíróságoknál a perek időtartama az 1990-es évek második felében átlagosan hét hónap volt, de a leterheltebb bíróságokon - ahol pedig a legtöbb per folyik az országban - kilenc hónap az időtartam. Ám mivel nálunk a fellebbezéssel folytatódó perek aránya sokkal nagyobb, mint a legtöbb nyugati országban, ehhez még hozzá kell számítani a másodfokú perlés idejét, ami a polgári pereknél további öt hónapot jelent (lásd Vavró: Polgári perek 1993-1998, 11., ill. 36. táblázat). *Gazdasági perekben* a helyi bíróságoknál a '90-es évek második felében az átlagos pertartam kilenc hónap volt, de a leterheltebb bíróságoknál az egy évet is meghaladta ez. Például a fővárosban, ahol az összes gazdasági per fele fut le, 1998-ban e perek egyharmadának időtartama túllépte az egy évet (lásd Vavró: A gazdasági perek időtartama 1990-1995, 25. táblázat). A *munkaügyi perek* átlagos időtartama ezeknél valamivel rövidebb, és a '90-es évek végén hat hónap volt a munkaügyi bíróságoknál az elsőfokú perek átlagos időtartama, de mivel itt is nagy a fellebbezési arány, hozzá kell ehhez számítani sokszor a másodfokú per idejét, és ez a megyei bíróságoknál átlagban négy hónapot tesz ki (lásd Vavró: A munkaügyi perek időtartama 1990-1999, 62. táblázat). A *közigazgatási pereknél* az átlagos időtartam elsőfokon hat hónap, de a legtöbb pert lefolytató fővárosi bíróságnál ez az egy évet is meghaladja, és a magas fellebbezési arány miatt itt is sokszor még ugyanennyi időt hozzá kell számítani ahhoz, hogy megkapjuk a jogerős ítéletig eltelt idő hosszát (lásd Vavró: Közigazgatási perek 1993-1998, 28. táblázat).

Összességében tehát a "rövid perek országainak" féléves átlagos pertartamához képest nálunk egyrészt ennél valamivel hosszabbak az elsőfokú perek időtartamai, másrészt a magas fellebbezési arány miatt a jogi viták csak a másodfok végigvitele után fejeződnek be, így a két perszakasz együttes időtartama átlagban már éves



hosszúságú perlést jelent, a leterheltebb bíróságoknál pedig két évet is kiadhat ez. Ez pedig már alaposan eltávolítja a hazai perlést a “rövid perek országaitól”. Ha az 1980-as évek közepére tekintve dinamikájában is látni kívánjuk a hazai pertartamok hosszának alakulását, akkor Kengyel Miklós adatai alapján az elmúlt másfél évtized alatt ennek megduplázódását állapíthatjuk meg. Akkor egy kétfokozatú per átlagos időtartama nem egészen hét és fél hónap volt, 3-5 hónapos elsőfokú és 1-2 hónapos másodfokú átlagos pertartamokkal (lásd Kengyel 1990:17).

Milyen okok hozták a perek elnyúlását létre? Azt, hogy nem tartozunk a hosszú perek országai közé, magyarázza az aktív bírói pervezetés és a zömében előre rögzített ügyvédi munkadíjért dolgozó ügyvédek rendszere. De emellett az is említendő, hogy Magyarország - lakosságárányosan - a németek után a világ második legnagyobb bírói karát mutathatja fel, 2300 bíróval. A nagy bírói kar mellett azonban a bírói kisegítő személyzet alacsony létszáma nagy mértékben rontja a bírói hatékonyságot. Emellett a magyar polgári perrendtartás engedékenysége a perelnyújtó taktikák felé szintén hozzájárulhat a máskülönbén érthetetlen perhosszúság kialakulásához. Egy harmadik okot a perek elnyújtására a perek “olcsó” jellege adja. A legtöbb nyugati országban a pertárgyértékhez viszonyított magas perköltség a jellemző, és ehhez képest a hazai perlés nagyon olcsó. Így a pervesztésre álló fél nem sokkal növeli a perköltségét a pernyújtó taktika mellett, és így legalább a per végéig nem kell teljesítenie. Ezzel szemben egy költséges perlési rendszerben minden perbeli cselekmény súlyos anyagi vonzatokkal tovább rontja a pervesztésre álló fél helyzetét, és nem teszi ésszerűvé a per hiába való elnyújtását.

## 2.4. A perek tényoldala

Az utóbbi évtizedekben domináns jogelméleti irányzatok már naivnak tekintik azt az álláspontot, miszerint a jogi normáktól függetlenül léteznek az életbeli tényállások, és a bírák az egyedi esetekben egyszerűen csak kikeresik az életbeli tényállásokra illő jogi normákat, és ezek alapján vonják le az ítéleti következményeket. A bírakat ez a felfogás egyszerű “szubszumáló automatáknak” tekinti, akik az általános jogi rendelkezésekből a tiszta életbeli tényállásokra egyszerűen csak levonják következtetéseiket (lásd Ogorek 1986). A tényleges bírói döntési folyamatban - ezzel az állítással szemben - nem különül el a tényállás feltárása és utólag a jogi normák kikeresése – mutatta ki Karl Engisch már az 1940-es években – hanem a “pillantás ide-oda vándorlása” révén néhány tényből különböző jogi rendelkezéseket mint döntési alapot keresnek meg a bírák, majd a kiválasztott jogi rendelkezés fényében kezdenek további tények után kutatni, majd az így feltárt tények fényében ismét a jogi normákat veszik elemzés alá (Engisch 1951). Vagyis a tényekből még egy sor jogi irányba el lehet indulni, és az egyik kiválasztott jogi döntési irány teszi relevánssá a tények további csoportját, és hagyja sötétben a tények szintén létező

más csoportjait, és így ide-oda pillantva konstruál a bíró egy döntési verziót a több lehetséges közül.

Egy másik irányból tagadja az életbeli tények és a jogi normák egymástól való függetlenségét egy Kelsen-től induló gondolati vonal: "Tények csak a jogi eljárásan keresztül történő előzetes megállapítások révén kerülnek be a jog birodalmába - írja Kelsen -, ugyanis, mondatnánk, e révén léteznek a jogban. Paradoxikusan azt mondhatnánk jogilag a feltételező tényeket megállapító kompetens szerv 'alkotja' a tényeket (idézi : Varga 1989:515). Ugyanez a gondolat később az 1980-as években így bukkan fel: "A tényeknek a szabály alkalmazását lehetővé tevő megszervezése olyan előzetes értelmezésre támaszkodik, amely nélkül e tényeknek abszolút semmiféle értelmük nincs. Ezt az előzetes értelmezést számunkra maga a jogszabály nyújtja, és semmiképp sem fogható fel ez valamiféle objektív, a valóságot tisztán visszatükröző adottságként... a jog egyáltalán nem az általa figyelembe vett különféle tények, cselekedetek, vagy események valamiféle 'materialitásához' kapcsolódik, hanem ahhoz a jelentéshez, amit e tények, cselekedetek, vagy események a jogi rendszer körén belül felmutatnak (Patrick Nerhot - idézi Varga 1992:133). Ugyanez Lagneau-Deville-től: "...a bíró által megragadott ténybeli helyzet már eleve egy 'jogilag irányított' helyzet, melyből, körvonalait tekintve, már az alkalmazandó szabályok is kiolvashatók" (idézi: Varga 1992:133).

Ezek a jogelméleti meglátások közelebb hoznak bennünket a jog tényoldala és normatív oldala közötti kapcsolatok megértéséhez. Azonban, ha nem általában "a" jogról beszélünk, hanem az egyes jogrendszereket közelebbről vesszük vizsgálat alá, akkor látható lesz, hogy nagy különbségek vannak az eltérő jogrendszerekben a jogilag releváns tényoldal terjedelmében, a tények előzetes jogi "preparációjának" fokában. Így a fenti jogelméleti megállapítások eltérő fokban érvényesek az egyes jogrendszerek esetében. Két aspektust emelünk ki az itt felbukkanó összefüggésekből. Az egyik a tények eltérő arányú beemelésére vonatkozik az egyes jogrendszerekben, a másik vizsgálati aspektusunk a tényekről való döntésben a hivatásos bíró illetve a laikus esküdtek szerepét emeli a középpontba.

#### **2.4.1. A tényoldal terjedelme.**

Minél inkább az életbeli szituációkra esetileg megállapított, korábbi bírói döntések hozzák létre a jogi normákat egy jogrendszerben, annál kevésbé tudnak itt elszakadni a jog belső konstrukciói a számukra "külső" tényektől. Ezzel szemben minél absztraktabb normákat tartalmaz egy jogrendszer, és minél inkább saját maga kreálja meg a társadalom tagjainak cselekedeteihez az intézményeket, melyeken keresztül megtörténik ezek együttműködése, annál inkább leértékelődik a jogtól független tények szerepe a jogban, és válik érvényessé az, amit a Kelsentől induló gondolati szál jogelméleti megállapításai tettek a jog tényoldala tekintetében. E

tétel igazságát jól mutatja, hogy a bírói precedenseken nyugvó angol-amerikai common law-ban a jog tényoldala nagyon széles terjedelemben van jelen, ezzel szemben a kontinentális Európa kódex-jogában sokkal szűkebben jelennek meg a tények és az e feletti viták a bírói eljárásban, illetve emellett a szűkebb tényoldalt is sokkal inkább jogilag “preparált” tények építik fel. A kontinentális jogok közül különösen a francia jogrendszer jelenti a “tények elkerülésében” a common law ellenpólusát, míg a német jogi kultúra befolyása alatt levő jogrendszerekben egy köztes pozíció állapítható meg e téren. Nézzük meg először a francia bírói eljárás “tény-kerülő” jellemzőit, majd az ennél mérsékeltebb német és az ehhez hasonló magyar megoldásokat vizsgáljuk meg. Az összehasonlításban jobban kidomborodnak az eltérő jogrendszerek közötti különbségek a magánjogi jellegű bírói eljárásokban, így a következőkben ezt tartjuk szem előtt az elemzés során.

Az amerikai James Beardsley - empirikus leírások híján - közvetlen megfigyeléssel igyekezett feltárni a francia magánjogi bírói perek lefolyásának szabályszerűségeit, és a következő főbb megállapításokra jutott (lásd Beardsley 1986:459-486). A francia magánjogi peres eljárást az írásos bizonyítás uralja, és emellett van egy tendencia a francia bíránál, hogy a ténybeli meghatározásoktól jórészt eltekintsenek, mivel ekkor az ehhez szolgáló bizonyítékok értékelésének nehéz munkáját magukra kellene vállalniuk. Ezt a beállítódásukat érvényesíteni tudják a perben a bírák az ügyvédek szűk perbeli jogosítványai miatt, melyek csak az új tények bizonyítására irányuló javaslatot tesznek lehetővé, de ennek engedélyezéséről a bírák döntenek. A kialakult francia jogi kultúrában azonban nem jellemző az ügyvédekre sem a bírakon túlmenő ténybeli és bizonyítási aktivitás. “Mivel az ügyvédek nemcsak nem hajlamosak, de nincs is joguk a tények vizsgálatára, a bírák pedig vonakodnak e jogosítványaikat használni, a tények bíróság általi megítélése abban áll, hogy a felek által beterjesztett dokumentumokat vizsgálják” (Beardsley 1986:467).

Az 1972-ben létrehozott új francia polgári perrendtartás ugyan szándékai szerint az írásosságon alapuló eljárás helyett a szóbeliségre igyekezett alapozni az eljárás lefolyását, de ténylegesen nem sok változott az írásos dokumentumok megvitatására korlátozódó eljárási jellegen, és azon, hogy a bírák, az ügyész és az ügyvédek tevékenysége jórészt a dokumentumok értelmezéséből áll. A tanúkkal történő bizonyítás csak kivételesen fordul elő a francia magánjogi perekben, ez is inkább csak a családjogi perekre jellemző. Ám ez úgy megy végbe, hogy a bírói tanács egyik bírása egyedül hajtja végre a tanúkihallgatást, majd maga összegzi ezt, és a bíróság már csak az erről az összegzésről készült dokumentumot kapja meg. De hogy mennyire az írásosságon és a jogi dokumentumokon nyugszik a francia perlés, azt jól mutatja a francia Code Civil azon rendelkezése is, amely a 150 frank feletti értékre irányuló szerződésnél megköveteli az írásos formát, és az ebben foglalt kötelezettséggel szemben megtiltja a tanúkkal történő ellenbizonyítás lehetőségét (Beardsley 1986:473). Az érintkezések írásos formához kötöttsége és a vita esetén az írásos dokumentumokra korlátozódó bírói igazságszolgáltatás, így

nagymértékben felértékeli a dokumentumok hitelességét garantáló intézmények szerepét, közöttük a közjegyző tevékenységét. Ez ad magyarázatot ahhoz az óriási közjegyzői gárdához, mely a franciáknál található, szemben a többi európai ország kis létszámú közjegyzői csoportjával szemben. (Például Magyarországon a kilencezer felé közelítő ügyvédi réteggel szemben alig 280 a közjegyzők száma).

De nemcsak a szerződési ügyek bíróság előtti vitáiban szorul vissza az írásos dokumentumok mellett a tanúk és a bíróság általi közvetlen bizonyítás szerepe, hanem a kártérítési ügyekben is. A bíróságok ugyanis itt is elsősorban azokból a dokumentumokból indulnak ki, melyeket például egy balesetnél a rendőr kiállított, vagy amit a balesetnél helyszínelő szakértő írásban közölt vele. Teljesen valószínűtlen és idegen a francia kártérítési peres gyakorlattól, hogy a baleset szemtanúit meghallgassák. Ha nagyon nélkülözhetetlen, akkor legfeljebb egy szakértőt kirendelnek, aki a baleset körülményeit vizsgálva még tanúkat is meghallgat, de a bíróság már csak a szakértő írásos dokumentumaival foglalkozik (Beardsley 1986:477).

A francia bírák "ténykerülő" beállítódását segíti elő továbbá az a sok törvényi vélelem, ami be van építve itt a magánjogi szabályokba, és ezzel a tények "előbizonyítottságát" erősítik. Például a Code Civil 1282. cikkelye rögzíti: "A hitelező által az adósnak önkéntesen átadott, adósságról szolgáló kötelezvény azt bizonyítja, hogy a hitelező felé ez az adósság megszűnt. Ennek megdöntésére ellenbizonyításnak nincs helye".

A francia magánjognak és a polgári eljárás szabályainak ez a jellege teljes mértékben megfelel annak a képnek, amit az idézett jogelméleti állítások a jog által "preparált" tényekre, tényállásokra kifejtettek. Azonban némileg már erősebb a jogon túli tények szerepe és az ezek bizonyítására irányuló törekvés a magánjogi perekben a német és a befolyása alatt fejlődő többi jogrendszerben. Így a magyar polgári eljárásban is a tanúk kiemeltebb szerepe, de a bírósági tárgyaláson a közvetlenebb ténybizonyítás és a szóbeliség szerepe említhető itt, de ugyanígy a bírói döntések indokolásainál a kötelező tartalmakra utalva a hazai szabályozásban a jog tényoldalának szélesebb terjedelme körvonalazódik, mint azt a francia esetben láttuk. "A bírói indoklásnak elő kell adni a bíróság által megállapított tényállást, az arra vonatkozó bizonyítékok megjelölésével (...). Meg kell röviden említeni azokat a körülményeket, amelyeket a bíróság a bizonyítékok mérlegelésénél irányadónak vett, végül utalni kell azokra az okokra, amelyek miatt a bíróság valamely tényt nem talált bizonyítottnak, vagy amelyek miatt a bizonyítást mellőzte (Pp. 221§. (1); lásd ehhez Novák 1997).

Igazán széles tényoldal azonban az angol-amerikai jogrendszerek bírósági pereiben található, ahol a szembenálló felek ügyvédei határozzák meg a perben felhozott tények körét, és ennek bizonyítását is ők végzik. Itt minden tényállítás és bizonyítás a legszélesebben közvetlenül a bírósági tárgyaláson játszódik le, a legteljesebb

szóbeliség mellett. Itt nem előzetesen vizsgálóbírák és más állami hatósági emberek által fogatosított tanúvallomások és ezek írásos preparátumai jelennek meg a tárgyalásokon, hanem a tanúkat közvetlenül kétszer vagy akár háromszor is meghallgatják a tárgyalás folyamán (lásd Reitz 1991:386). A sikeres tényállítás és ezek bizonyítása, illetve a szembenálló fél bizonyításának sikeres megkérdőjelezése (és kevésbé a jogkérdések feletti vita!) jelenti itt a fő útvonalat a sikeres perléshez (lásd Markesinis 1986:354). A pervezetési jogosítványokban korlátozott angol-amerikai bíró helyett az ügyvédek alakítják a per tényállását, akik, noha professzionális jogászok, mint a bírák, de ők az ügyfelek életbeli helyzetéből kiindulva inkább kinyitják a jogot a kívül világ "nyers tényei" felé, mint a jog belsőjéből szemlélődő bíró pozíciójából az lehetséges lenne.

#### **2.4.2. Az esküdtszékek ténymegállapító szerepe**

A bírói döntési folyamat másik összetevőjét jelenti a hivatásos bírakon kívüli laikusok bevonása a döntésbe, amely különösen a tényállás és az egyes tények megállapítása szempontjából fontos. E bevonás két eltérő formáját adja egyrészt az esküdtszéki rendszer, ahol a laikusok külön testületben (az esküdtszékekben) elkülönülnek a hivatásos bírótól, és a ténykérdésekben tőle függetlenül döntenek, másrészt az ülnökrendszer jelenti a másik formát, ahol a laikus ülnökök a hivatásos bíróval (bírákkal) egy közös tanácsot alkotva döntenek, elvileg minden felmerülő kérdésben. Ez utóbbi esetben azonban a hivatásos bírakkal összezártan, azok szakértelme folytán alárendelt helyzetbe kerülnek, és inkább csak díszletként vesznek részt a perben a ténylegesen a nevükben is döntő hivatásos bíró (bírák) mellett. A kontinensen rendszerint ez utóbbi a helyzet – nálunk is –, és ezen túl még ez az alárendelt szerepben való laikus-bevonás is csökkent az elmúlt évtizedekben az európai kontinensen mindenhol, még a büntető ügyekben is csak a súlyosabb esetekre korlátozódva. Ebből a szempontból még az angol jogrendszer is inkább a kontinentális jogokhoz áll közelebb, mert az esküdtszékek alkalmazását a perekben itt is nagymértékben visszafogták a XX. század első évtizedei óta (lásd Dannemann 1996:285, Bunge 1995:98). Ezzel szemben az Egyesült Államokban még csak fokozódott az esküdtszékek szerepe, a büntető ügyeken túl a magánjogi jellegű perekben is. A fontosabb ügyekben itt minden jogterületen esküdtek vesznek részt a perben, a büntető perben általában 12 főből, a polgári perben hat főből álló esküdtszékek keretében (Greenaway 1998).

Az esküdtek a felek által eléjük tárt tények valóságáról, fennállásáról vagy ennek hiányáról döntenek, az ügyvédek az ő meggyőzésükre vonultatnak fel bizonyítékokat. Ezzel szemben, ha a hivatásos bíró dönt ezekben a ténykérdésekben is, az ügyvédek tényfeltárása és bizonyító munkája egy professzionális jogász gondolkodásán keresztül válik az eljárás részévé. E különbség fontos - pro és kontra - a jog tényoldalának "nyers ténybeli" mivoltát vagy ezzel szemben ezek "jogi

preparáltságot” illetően. A laikus esküdtek felé való tényprezentálás sok szempontból eltér a hivatásos bíró felé való ténybemutatástól. Ha pedig együtt szemléljük ezt az eljárás előbbi aspektusában jelzettekkel - a jog tényoldalának eltéréseivel a kontinentális jogrendszerek és az angol-amerikai jogrendszerek között -, akkor láthatjuk, hogy az esküdtekkel “súlyosbított” széles tényállási terjedelem az amerikai jogban áll szemben a szűk és jogilag preparált tényekkel dolgozó kontinentális jogokkal, mely utóbbiakban hivatásos jogász-bírák döntenek a jogászképzésben és a joggyakorlatban beléjük ivódott jogi konstrukciók alapján.

Összegzésként meg lehet tehát állapítani, hogy, miként minden jogelméleti állítást, úgy a tényoldalra vonatkozó általános megállapításokat is csak a konkrét-összehasonlító elemzés fényében lehet érdemlegesen vitatni, és elfogadni vagy – akár részlegesen – elvetni.

### 3. A jog elkerülésének útjai

Az emberek között és az emberek közösségei között viták és feszültségek vannak, ezek sokszor konfliktusokat okoznak, és e konfliktusok egy része jogi vitává válik. A jogszociológiai kutatások egyik területe annak elemzése, hogy *milyen típusú konfliktusok esetén valószínű a jogi vitává válás*, illetve, hogy a jogon keresztüli, bíróságok általi konfliktusmegoldás mellett *milyen más megoldási utak* jöhetnek még számításba, amelyek elkerülik a bírói út igénybevételét? E kutatások egy további területét jelenti annak elemzése, hogy ha nem is kerülnek el a konfliktusok jogi vitává alakítását, de legalább a bíróság előtti per végigvitelét félbehagyják, és egyezséget kötnek. Ez utóbbiba tartozik annak vizsgálata, hogy a perek hány százalékában kötnek egyezséget, és így a jog "kemény igénybevitelét", a bírói ítélettel végződő perbefejezést kerülnek el. Illetve ennek másik oldala, hogy még keményebben ragaszkodva a konfliktus jogi végigharcolásához, a perek hány százalékában nyújtanak be fellebbezést, vagy még tovább, felülvizsgálatot az elsőfokú ítéletek ellen? Országonként nagy eltérések vannak ezekben a kérdésekben, így a következőkben összehasonlító módszerrel igyekszünk az itteni összefüggéseket feltárni.

#### A konfliktustól a jogi vitáig

Nem minden konfliktus kerül bíróság elé, ezt külön vizsgálat nélkül is meg lehet állapítani, de ha e téren pontosabb adatokat akarunk feltárni, akkor csak rendszeres empirikus felmérés adhat pontos képet erről. Az 1970-es évek végén egy német jogszociológiai vizsgálat erről kívánt megalapozott ismereteket nyerni, és ezért a fogyasztóvédelmi, a munkaügyi és a lakásbérleti kérdések területén egy kutatást folytattak le (lásd Falke/Gessner 1982:290-297). Öt évre visszamenőleg megvizsgálták egy reprezentatív mintát alapul véve, hogy a felmerült, jogi útra

terelhető konfliktusok milyen úton oldódtak meg, és a következő képet kapták. A konfliktussal érintettek mintegy egyharmada semmit nem tett, eltűrte és nyitva hagyta a konfliktust; kb. a fele megkereste a konfliktust okozó szembenállót, és megbeszéléssel próbálta meg tisztázni a konfliktust; ezek közül mintegy 15-25% még felkeresett egy (fogyasztóvédelmi, munkavédelmi stb.) tanácsadási helyet, amely az adott konfliktus megoldására hivatott; ez utóbbi körből mintegy 5-12% még egy jogi tanácsadási helyet is felkeresett sérelmével, és végül az összes sérelmet szenvedett 3-7%-a ment el a bírósági út igénybevételeig (Falke/Gessner 1982:291). Az eltérő jellegű konfliktusok és sérelmek persze más arányt is adhatnak a mindenkor teljes konfliktustömeg és az ebből bírói út elé kerülő esetek száma között, de az itteni 3-7% mutatja, hogy csak egy kis töredéket jelent a konfliktusból jogi vitává váló esetek száma.

Ha közelebbről szemügyre kívánjuk venni, hogy a konfliktusok mely típusai esetén valószínűbb a jogi vitává válás, és e viták bíróság elé kerülése, akkor három dimenzióban érdemes kialakítani konfliktus-tipológiát. Az első dimenzió azon nyugszik, hogy a konfliktusba kerültek egyszeri vagy tartós kapcsolatban vannak-e; a második dimenzió már a tartós kapcsolaton belül arra vonatkozik, hogy a felek közötti kapcsolat inkább a mellérendeltségen vagy inkább az alá-fölé rendeltségen nyugszik-e; és végül a harmadik dimenzió a tartós kapcsolaton belüli konfliktusokat azáltal különíti el két részre, hogy az egész személyiség érintve van-e a kapcsolatban (pl. a családtagok között vagy a szomszédsági kapcsolatban levők között) vagy csak egy szereppel, pl. mint egy nagy hivatali szervezeten belüli munkatársak közötti kapcsolatban.

E háromdimenziós tipológia alapján az egyes konfliktus-típusokhoz kapcsolódó konfliktusmegoldásokról a következő képet lehet adni. Az egyszeri kapcsolatban keletkezett konfliktusoknál valószínűbb a vita bírói útra terelése, és a vita pusztán csak az alapvető jogi normasértésekre vonatkozik ilyenkor. A tartós kapcsolatban levők konfliktusa esetén az alapul fekvő jogi normák mellett a további csoportnormák megsértése is felmerül, illetve a tartós kapcsolatban levők érdekeinek mérlegelése is, így itt a konfliktus jogi vitává "keményítése" és a bírói ítéletig végig vitele a pernyerés és a pervesztés mellett az egész kapcsolatot tönkretelheti, ami a per kimenetelétől függetlenül mindkét fél számára veszteségeket okozhat. Itt tehát a jogi vita elkerülése inkább valószínű. A második dimenzióban a tartós kapcsolaton belüli hatalmi hierarchia léte a konfliktusba kerültek között inkább a jogi vitává transzformálás elkerülését valószínűsíti, ezzel szemben a mellérendeltségben levők esetén nagyobb a valószínűség a jogi útra terelésre. Végül a harmadik dimenzióban az egész személyiséget érintő kapcsolatban levők konfliktusa kevésbé alkalmas a bírói útra terelésre, mint a pusztán egy-egy szereppel kapcsolatban levők konfliktusa. Az első ugyanis olyan széles és diffúz életviszonyokban keletkezik (például két rokon között), amely egy sor jogi és nem jogi normát, szokást, érzelmi alapokat stb. érint, melyek a bírói útra terelve csak leszűkítve, így eltorzítva kezelhetők. Ezzel szemben a speciális szerepben

érintkezők között (pl. egy háziorvos és betege között) a normák pontosabban körül vannak írva, és vita esetén csak ezek vizsgálata szükséges. Így a jogi útra terelés esetén kezelhetőbb ez a konfliktus, és mindkét fél számára elfogadható és racionálisan belátható bírói ítélet születhet a vita megoldására (Rottleuthner 1982:146-148).

A különböző konfliktustípusokra a jogszociológiában négy fő konfliktus-megoldási utat szoktak elkülöníteni: 1. A konfliktusban álló felek közvetlen tárgyalását; 2. Egy harmadik fél bevonását mint a tárgyalásos megegyezés közvetítőjét (mediátor); 3. A harmadik verzió, amikor a vitába bevont külső-semleges személy nemcsak közvetíti a felek megegyezését, hanem felhatalmazzák a felek, hogy hozzon kötelező döntést a vitában, és vállalják, hogy ennek alávetik magukat (arbitrátor vagy magyarosabb kifejezéssel választott bíró); 4. végül a negyedik verzió a vita állami bíróság elé vitelét jelenti, ahol a bíró dönt. A négy fő út tehát *a tárgyalás, a mediálás, a választottbírósi eljárás (arbitrálás)* és végül a rendes bírói úton *az ítélkezés*.

Mint látható volt, a különböző típusú kapcsolatokban keletkező konfliktusok természete jobban az egyik vagy a másik konfliktus-megoldási utat valószínűsíti, de érdemes rendszeresen is megnézni, hogy milyen jellemzőkkel írhatók le az egyes megoldási utak.

1. Ha a tárgyalás, mediálás, arbitrálás, ítélkezés vonalán haladunk a konfliktus-megoldási utak jellemzésénél, akkor az első jellemző az, hogy ezen a vonalon haladva egyre *növekszik a megoldási út formalizáltsága*. A teljesen formátlan tárgyaláshoz képest a mediáció már némileg formalizáltabb, mert egy harmadik felet már bevontak a vitába, de még formalizáltabb az arbitrálás, ahol a választottbírósi eljárás már rögzített eljárási szabályok betartása mellett dönt, és végül a bírói ítélkezés a legformalizáltabb. Ezért ha például egy egész személyiséget involváló rokonsági vagy szomszédsági vitáról van szó, ahol a vita legtöbbször a másik fél motívumainak félreértése, és ehhez érzelmi gyűlölködés felépülése is társul, akkor egy formalizált bírói eljárás nem alkalmas a konfliktus igazi megoldására. Ezzel szemben az alig formalizált mediációs eljárás jobban fel tudja tárni a konfliktus kialakulásában - mindkét fél jelenléte mellett tartó kommunikációban - a másik fél mozgatórugóit, és így érthetőbbé teszi mindkét fél számára a *teljes helyzetet*, ezzel pedig automatikusan sikerül a konfliktus enyhítésének elérése is. (Míg bírói eljárásban és bírói ítélet után sokszor pl. a tartós rokon kapcsolat teljes elhidegülése jön létre.)
2. A tárgyalás, mediálás, arbitrálás, ítélkezés vonalán haladva másrészt a *vitamegoldás egyre inkább kicsúszik a felek kezéből*, és egyre inkább a külső harmadik résztvevő kezébe kerül át. Ezzel szemben visszafelé haladva a felek inkább megtartják a vita menetét saját rendelkezési területükön. Ezt különösen azért fontos látni, mert tartós kapcsolatban állók esetén érdemesnek tűnik



- először saját rendelkezési területen megkísérelni a megoldás létrehozását, és csak ha ez kudarcot vallott, célszerű átadni a vita megoldását külső döntőknek.
3. Egy következő jellemzőt mutat a tárgyalás, mediálás, arbitráls, ítélkezés vonalán előrehaladva, hogy *egyre inkább normaorientált lesz a vita elintézése*, míg visszafelé haladva inkább számba jön a felek közvetlen érdekeinek sokasága, és ezek is befolyásolni tudják a vita megoldását. Vagyis míg az előbbi vonalon haladva inkább absztrakt normáknak megfelelő döntés születik, addig visszafelé haladva inkább konkrét érdekmérlegeléseknek lesz megfelelő a vita megoldása.
  4. Egy következő paraméter az előbbi vonalon előrehaladva abban áll, hogy így *csökken a tárgyalási pozícióban a mérlegelés szerepe*, míg visszafelé haladva egy sor dolog bevonható mérlegelésbe, és ez növeli a tárgyalási pozíciók terjedelmét (Falke/Gessner 1982: 292).

### **A bírói út elkerülése: mediálás és arbitráls**

Az eddigiekben már felmerült, hogy a tartós viszonyokban milyen hátrányokat hoz - még pernyeres esetén is - a konfliktus jogi útra terelése. Ennek felismerése késztetett - először a vállalkozói-üzleti szférában - már az 1900-as évek elejétől arra, hogy a rendes utat kikerülve választottbírói (arbitrációs) úton igyekezzenek rendezni a felmerült vitákat, és ez az út mind Európában, mind az Egyesült Államokban egyre inkább terjed a vállalkozói szférán túl is (Kotzorek 1987; Böckstiegel 1992; Wolfgang 1997). Emellett az 1920-as évektől a viták elintézését még inkább a felek kezében meghagyó formaként alakult ki a mediálás intézménye. Az arbitrálsához képest a fő különbség itt abban áll, hogy míg az arbitrátor ("választott bíró") maga dönt a felek vitájában, addig a mediátor csak segítséget nyújt a felek közötti tárgyalási-megegyezési folyamathoz, de a döntés, a megoldás kialakítása a felek és ügyvédjeik kezében marad. A semleges mediátor tárgyalásvezetési rutinja, a felek közötti pszichikai ellenállások szakszerű leépítése, a két fél pozícióiban a rejtett oldalak feltárására irányuló kérdések feltevése sokszor a legelkeseredettebb ellenfelekből is tárgyalóképes partnereket tud formálni, ami külső közvetítő nélkül lehetetlen lenne (lásd ennek elemzését: Marsch 1999).

Miután szűkebb körökben mindkét, a bírói utat elkerülő konfliktus-megoldási út kipróbálásra került, és ismertté váltak alkalmazási előnyei, egy sor további területen kezdtek elterjedni ezek. A választott bírói út ugyan megmaradt az üzleti-vállalkozói szféra és a szervezetek vitáinak a területén, de a mediációs eljárás a teljes magánjog vonatkozásában - illetve kisebb bűncselekmények esetén néhány országban még a büntetőjog területén is - alkalmazásra került. A mediálás intézménye az 1970-es évekig csak az Egyesült Államokban volt ismert, de az elmúlt évtizedekben ez egy sor európai országban is terjedni kezdett. A jelzett előnyök mellett ebben az is közrejátszott, hogy a jogi viták számának radikális kibővülésével a bíróságok egyre leterheltebbé váltak, és a tehermentesítés egyik újaként karolták fel a viták

mediációs eljárás felé terelését. Nem véletlen, hogy a mediációs eljárás épp az Egyesült Államokban alakult ki. Itt ugyanis a kétszakaszos perszerkezet intézményesen elkülöníti az első szakaszban ("pre-trial") a bíró előtti tárgyalástól a felek tárgyalás-előkészítő összejövetelét. Formailag ugyan ebben a szakaszban csak a bizonyítékok és a bizonyítási eszközök prezentálása folyik mindkét fél részéről, és ezzel a szembenálló felek jogi pozícióinak tisztázása, de ez spontán módon lehetővé teszi az "egymás közt" folyó informális egyeztetéseket is a felek és ügyvédjeik között (Wagner 1998:836-846). Amellett, hogy ez a perszerkezet megnöveli az egyezségkötés gyakoriságát és a bírói eljárás ítélet nélküli befejezését, kialakította annak lehetőségét, hogy eleve ne is kezdjék el a bírói eljárást, hanem a pert magát elkerülve igyekezzenek egy közvetítő bevonásával megállapodni. A bírói eljárások tömegessé válásával és a pertartamok alapos meghosszabbodásával pedig csak további ösztönzést kapott ez az új konfliktus-megoldási forma.

A mediáció intézménye két fő úton terjedt az elmúlt évtizedekben. Az egyik utat az alulról induló, "civil szervezeti" szerveződések jelentik, és erre lehet példa a San Francisco-ban 1977-ben létrejött Community Board intézménye, amely a bírói eljárások hosszúságának és a perek elidegenedett jellegének kritikájából nőtt ki (Nacsády 1998:298-304). Családjogi, szomszédjogi és munkajogi vitákban lehet ide fordulni, de a büntetőjogi ügyeket jelzi, hogy pl. az egyik vitájuknál a hosszú idő óta haragos viszonyban levők egyike eltörte egy doronggal a másik kezét, és ez bírói útra kerülve már komoly büntetési tétellel járt volna, de itt egyszerű szomszédjogi vitaként oldódott meg. Nagy propagandával terjesztették a bírói eljárást elkerülő mediációs intézményt, és az 1990-es évek végére már 20 irodájuk volt egész San Francisco területén, és ezekben évente 20-22 ezer ügyet vitattak meg, melyek enélkül a bírósági ügyek számát növelték volna (Nacsády 1998:303). Az ilyen kezdeményezések sokasága mellett egy idő után az állami törvényhozási úton is terjedt a mediáció, és az 1970-es évekre az Egyesült Államok több tagállamában kötelezővé tették a magánjogi perek előtt a mediációs eljárás igénybevételét, és csak ennek sikertelensége esetén fogadnak el azóta keresetindítást a bíróságok (Röhl 1982:16-17). Pennsylvániában már 1952-től kötelezővé tették ezt, és az itt felhalmozódott tapasztalatok nyomán léptek ebbe az irányba a többi tagállamban.

De az amerikai példa nyomán az európai kontinensen is terjedni kezdett a mediáció intézménye, és először a krónikusan hosszan tartó perek hazájában, Nagy-Britanniában vezették ezt be 1979-ben. Itt száz font (kb. 40 ezer forint) értéklafon alatti vitákban tették kötelezővé a mediáció igénybevételét a bírói eljárás megindítása előtt, de egy sor nagyvárosban spontán módon itt is létrejöttek olyan civil szervezetek, melyek már korábban mediációs eljárásokat szerveztek, és magasabb összegű vitáknál is igénybe lehet ezeket venni (Shetreet 1982:115). A németeknél az 1990-es évek végére következett be áttörés ezen a téren, és egy szövetségi szintű törvény lehetővé tette a tartományok számára, hogy 1.500 márka (kb. 200 ezer forint) érték alatt, illetve szomszédsági vitákban és becsületsértési ügyekben kötelezővé tegyék a felek számára az előzetes mediációs eljáráson a

megegyezés megkísérlését. A tartományok törvényhozásai azóta egymás után fogadják el azt ezt megvalósító törvényeket és lassanként egész Németország területén megvalósul ez (lásd a bajor és a baden-württembergi megoldásokhoz: <http://www.bayern.de/SchlichtungsG.html> és a <http://www.troeger-wuest.de/texte/schlichtung.html> ), de az általános és kötelező jellegű mediációval szemben kritikák is megfogalmazódtak (lásd Rottleuthner 1996). Az osztrákoknál szintén terjed a mediációs eljárások gyakorlata, és a széleskörű elterjedtség nyomán a '90-es évekre bevetté vált a szerződések egy részében, hogy - a választott bíróságra utaló klauzula mintájára - *mediációs klauzulát* foglalnak a szerződésbe, melyben vállalják a szerződő felek, hogy vita esetén csak az előzetes mediációs eljárás sikertelensége után fordulnak bírósághoz (Dévényi 1999:21-23).

Ilyen előzmények után Magyarországon az 1990-es évek közepétől figyelhetők meg törekvések a mediáció intézményének meghonosítására (lásd ennek bemutatására: Anka/Bóka 2000; Bándi 2000) A törekvések nálunk is két vonalon figyelhetők meg, a civil szervezeti illetve az ügyvédi irodák általi mediációs szervezkedések útján és az állami törvényhozás általi intézményesítés útján. De e két út történetileg egymás után jött létre, és jól megfigyelhető a mediáció hazai intézményesítésénél egy kívülről ösztökélt kezdő szakasz. A kezdetet ugyanis rögtön a '89-es rendszerváltás utáni első években az amerikai Federal Mediation and Conciliation Service európai missziós tevékenysége jelentette, amely mind nálunk, mind Romániában nagy összegeket fordított a mediációs eljárások reklámozására, illetve ösztöndíjakat és kezdeti finanszírozást is adott a magyar mediációs bázis első egységeinek kiépítéséhez (lásd Lovász 2001:32-33). Ez a szervezet hozta létre Partners Hungary néven az első magyar mediációs szervezetet, és azóta is pénzügyileg támogatja ennek reklámját és terjesztését. Ennek révén alakult meg a munkajogi viták területén a Munkaügyi Közvetítő és Döntőbírói Szolgálat, igaz az elmúlt hat évben - miközben évente 10-12 ezer munkaügyi peres és nemperes eljárás fut le - csak 178 ügyük volt, tehát nem igazán tudott elterjedni. A kezdeti sikertelenség ellenére néhány ügyvédi iroda üzletet látott a mediációs tevékenységben, mert az interneten az ezredforduló óta egyre-másra jelennek meg az ügyvédi irodák mediációs ajánlkozásai (lásd pl. az Eörsi és Társa Közvetítő Kft. reklámját az interneten, illetve a Jogi Fórumban az interjút Eörsi Mátyással: Vikman 2001). E kezdetek után 1999-ben egy országgyűlési határozat írta elő az igazságügyi tárca számára, hogy dolgozza ki a szabályozást a mediációs eljárások bevezetésére (lásd 102/1999. (XII. 18) OGY hat.), majd egy szűkebb területen, az egészségügyi szférában a műhibaperek elkerülése érdekében már 2000. végén megjelent az egészségügyi mediációs eljárás törvényi szabályozása, és végül 2002 decemberében elfogadták a mediációs eljárások átfogó szabályozását tartalmazó törvényt is. Nézzük meg közelebbről a magyar mediációs eljárások jellemzőit, először az egészségügyben szabályozott eljárást vegyük alapul, majd az általános szabályozást nyújtó 2002 végén megjelent törvény rendelkezéseit vegyük szemügyre.

Az első kérdést a mediációs eljárásnak a bírói eljáráshoz való viszonya jelenti. Erre

három eltérő rendszert lehet találni. Az egyiket a francia megoldás jelenti, ahol az 1990-es évek elejétől vezették be átfogó jelleggel az összes magánjogi pert érintően, hogy a bíró felfüggeszse a pert három hónapra, és egy mediátor bevonásával a felek számára lehetővé tegye, hogy "kivigyék" a vitájukat egy magánintézményhez mediációs eljárásra (Wagner 1998:836-846). Ez tulajdonképpen annak belátásából alakult ki, hogy hiába írják elő a legtöbb országban a polgári perrendtartások, hogy az ítélet megszületésig a felek bármikor egyezséget köthetnek, ha a felek lemerevedett álláspontjai ezt spontán módon meggátolják. Egy külső mediátor bevonása, aki kifejezetten a vitás felek pszichikai gátjainak leépítésére specializálódott, és a "kemény jogi vita" helyett laza, életközeli kommunikációvá tudja átalakítani a felek közötti érintkezést, gyakoribbá tudja tenni az egyezség létrejöttét, és erre a mediátori szerepre a jogdogmatikai kategóriákon és levezetésekén szocializálódott bíró nem alkalmas. A francia megoldás tehát a mediációt a peres eljárásba illeszti be. Egy másik rendszert jelent a már említett német megoldás, melyet az Egyesült Államokból vettek át, és amely a magánjogi perek megkezdése elé illeszti be a mediációs eljárást, kötelezővé téve ezt. Végül a harmadik megoldás az, amikor teljesen függetlenül a bírói úttól a vitás felek eleve itt igyekeznek elérni konfliktusaik feloldását. Ez utóbbi a civil szervezetek és az ügyvédi irodák mediációs kínálatából fejlődött ki, és ez - az előbbi két út választásától függetlenül - bármely jogrendszerben előfordulhat. Az Egyesült Államokban, ahol a legnagyobb a mediációs eljárások igénybevétele, már külön szakmává vált a mediátori tevékenység ellátása, részben az ügyvédek mellett egy új jogász szakmaként.

A magyar törvényi szabályozás - az egészségügyi szférára szűkítve - a francia szabályozás egy verziójaként fogható fel. Egyrészt ugyanis függetlenül a bírói út elkezdésétől szabályozza a mediációs eljárást, de ha már folyik egy bírói eljárás az adott ügyben, akkor kötelezővé teszi, hogy a felek közösen kérjék a bírói eljárás szüneteltetését, mert ennek elmulasztása esetén a megindított mediációs eljárást meg kell szüntetni (lásd a 2000. évi CXVI. törvény 7.§-ának (4) bekezdését). Vagyis így a perbeli egyezség helyére lép a külső mediációs eljárás, ahogy a franciáknál. Ugyanezt tette a 2002 végén elfogadott általános szabályozás is a mediáció terén. Ez a szabályozás úgy intézményesítette a széles értelemben vett magánjogi vitákban a közvetítői eljárást, hogy nem tette kötelezővé ennek igénybevételét a bírósághoz fordulás előtt, csak a felek belátására bízta ezt. Ám ha már a bíróság előtt eljárás van folyamatban a vita kapcsán, akkor a felek kötelesek ennek szüneteltetését kérni, és ennek tényét igazolniuk kell (lásd a törvény 33. §-ának rendelkezését). Ez az új szabályozás a polgári perek egyezségkötési gyakorlatát is új alapokra helyezheti majd a jövőben. Fontos látni tehát, hogy nem a német kötelező, előzetes mediáció jött létre még az eddigiekben nálunk, és az erre vonatkozó irodalomban felmerült, hogy a magánjogi autonómiának jobban megfelel az általunk átvett francia megoldás (lásd Wagner 1998:838).

Egy következő kérdést jelent a mediátorként számba jövő személyek köre. Erről

nagy viták folynak minden országban, ahol a mediáció intézményét bevezették, és az ebben való döntés nagymértékben meghatározza azt, hogy a mediáció - a formalizált perhez képest a nagyfokú formátlanságon túl - milyen mértékben veszíti el magát a jogi jelleget is. Ahol ugyanis a mediátor személye a jogász végzettséggel rendelkezők és általában az ügyvédek illetve a közjegyzők közül kerülhet ki, ott a mediáció is megmarad a jogi normák és a jogi gondolkodási technikák befolyása alatt. A változás itt csak annyi, hogy a mediátor-ügyvédek speciális képzést igyekeznek megszerezni a pszichikai és a kommunikációs gyakorlatok terén, de a jogi keret megmarad. Ám ha a mediátor a jogászokon túl például szociológusi vagy pszichológusi körökből is kikerülhet, az eljárás erőbben eltolódik a jogi keretektől. A németeknél megmaradtak a mediátorok jogász körökre szűkítésénél, és elsősorban a közjegyzők és az ügyvédek kérhetik bejegyzésüket az ügyvédi kamaráknál vezetett mediátori listára (lásd <http://www.afs-rechtsanaelte.de/schlichtung1.htm>). A magyar szabályozás az egészségügyben a mediátori kört kiterjesztette a jogászokon - és az egészségügyi vitáknál érthetően bevont - orvosi körökhöz túl a szociológusi és pszichológusi diplomával rendelkezőkre is (lásd a 2000. évi CXVI. törvény 5.§ (1) bekezdését). Külön problémát jelent az egészségügyi mediáció szabályozásánál, hogy a betegek képviseleténél az átfogó emberjogi szervezeteket is beengedte, mivel ezek a szervezetek hajlamosak az egyéni vita kollektív csoportvitaként való megharcolására, és ezzel politikai küzdelemmé átalakítására, ahogy az amerikai példák alaposan megmutatták (lásd Scheingold 1998). Eredetileg nem is volt benne ez a törvényben, de egy emberjogi szervezet, a TASZ sikeres lobbizással elérte az igazságügyi tárcánál ennek bevitelét (lásd a TASZ álláspontját a törvény országgyűlési vitája alatt: internet: <http://www.c3.hu>). Az általános szabályozást nyújtó mediációs törvény még inkább kinyitotta a mediációs eljárások vezetésére számba jöhető személyi körét, és ennek alapján bárki, aki valamilyen felsőfokú végzettséggel rendelkezik, és már van öt éves gyakorlata az e szerinti szakmájában, kérheti bejegyzését a közvetítők listájára. Ehhez csak egy rövid közvetítői tanfolyamot kell előtte elvégeznie. Ma még nyitott, hogy e szabályozás alapján milyen irányokat vesz a jövőben a hazai mediáció gyakorlata.

### 3.3. A per végigvitelének elkerülése: az egyezségkötés

A konfliktus jogi útra terelése és a megoldás bírói döntésre bízása a felek közötti szembenállás magas fokát feltételezi, tartós kapcsolatban levőknél pedig ezen túl a kommunikáció nagyfokú vagy teljes leállítását. A megindított bírói eljárás után azonban ismét további fokozatokat lehet elkülöníteni a jogi vitává tett konfliktus "kemény" végig vitelében, és itt három fokozat elkülönítése fontos. Az első fokozatot az *egyezségkötéssel végződő* peres eljárás jelenti, a másodikat az *ítélettel végződő* peres eljárás, és végül a harmadikat a *fellebbezéssel tovább folytatott és másodfokú ítéletig vitt* peres eljárás adja. E háromfokozatú bontással pontosabban

fel lehet mérni a konfliktus-megoldások eljogiasításának állapotát az egyes országokban, és mint látni fogjuk, nagy eltérések vannak az egyes jogterületek között is. Az eltérések magyarázatára több ok kínálkozik.

1. Az egyik ilyen okot a kontinentális jogrendszerek és az angol-amerikai jogrendszerek eltérő perszerkezete jelenti, amely a korábbiakban már felmerült a mediáció vizsgálatánál is. Az angol-amerikai peres eljárások kétszakaszossága és az első szakaszban ("pre-trial") a peres felek ügyvédjeinek egyezkedései körüli szerveződés spontán módon is ösztönzi az ítélet előtti egyezségkötést. Szemben a kontinentális európai perekkel, amelyekben a bíró kezdettől fogva a felek közé áll, és rajta keresztül történik meg a felek érintkezése.
2. Egy második eltérést a bírák és az ügyvédek eltérő szerep-megosztása jelenti az angol-amerikai és a kontinentális jogrendszerek között. Míg az előbbiben a bíró végig passzív szerepre van szorítva, és csak felügyel a felek és ügyvédek tárgyalótermi összecsapására, addig a kontinentális európai jogrendszerekben a bíró aktív pervezetési és bizonyítási kötelezettségekkel van ellátva, és mindezt feszebben jogdogmatikai kérdések által irányított mederben teszi, kizselektálva az eset e szempontból nem releváns körülményeit. Ez utóbbi perszerkezet kevésbé alkalmas a jogi vita félbeszakítására és a felek közötti egyezségkötésre, még ha erre formáljogilag a legtöbb európai országban - ahogy nálunk is - mindig van lehetőség a magánjogi jellegű peres eljárásokban.
3. Egy következő okot jelent az egyes országok közötti eltérésekre a perbeli megegyezés gyakoriságát illetően az ügyvédi rétegeken belüli eltérő hajlandóság az egyezségkötésre. Például míg a németeknél - az empirikus felmérések tanúsága szerint - csak az ügyvédek bő fele, a hollandoknál pedig háromnegyede részesíti előnyben az egyezségkötést a per végigvitelével szemben, addig az Egyesült Államokban 96-98%-os ez az arány. Ez nyilvánvalóan az eltérő jogi kultúrák szocializációs hatását is mutatja a különböző országok ügyvédi csoportjaiban, de jelzik a felmérések, hogy életkor szerinti differenciálódás is belejátszik ebbe, és míg a fiatalabb német ügyvédek számára evidensebb dolog a perek végigvitele és az ítéletig kitartás, addig az idősebb ügyvédi csoportokban jóval nagyobb a egyezségkötés preferálása (lásd Rogowski 1982:174-175).
4. Végül egy következő okot az egyezség preferálására az ítélettel szemben a pertartamok elnyúlása adja. Ez adódik egyrészt az angol-amerikai jogrendszerekben a bírák alacsony létszámából, miközben a pergyakoriság radikálisan megnőtt az elmúlt évtizedekben, másrészt az Egyesült Államokban tovább növeli a perek hosszúságát az esküdtszékek kötelező igénybe vétele a legtöbb magánjogi perben is, melyet az alkotmány rögzít, de egy sor jogpolitikai csoport még tovább igyekszik növelni az elmúlt évtizedek tanúsága szerint az esküdtek szerepét a perekben. (Míg ezzel szemben az angol jogban az 1920-as évektől az esküdtek szerepe visszaszorult, és a magánjogi eljárásokban kivételessé vált). Az esküdtszékek megszervezése ugyanis tetemesen megnöveli a minden tárgyalási nap előtti várakozási időt (Berghuis-

van der Wijk 1982:73). Így az Egyesült Államokban akár öt év is eltelhet a kereset beadásától az első tárgyalási napig, de Angliában is például Londonban az elsőfokú bírói eljárásban három év telik el rendszerint az első tárgyalási napig (Shetreet 1982:113). Ehhez képest Németországban a magánjogi jellegű perek 75%-a hat hónapon belül befejeződik, vagyis töredéke időben az itteni perhosszúság az angol és különösen az amerikai pertartamnak.

Ezek az okok érthetővé teszik a nagy eltérést az egyezségkötés gyakoriságát illetően. Az Egyesült Államokban alig két-három százalékot tesz ki az elsőfokú magánjogi jellegű perekben az ítéletekkel végződő esetek száma, és a legnagyobb részükben, 97-98%-ban egyezségkötésre kerül sor. A németeknél ezzel szemben nagyságrendekkel kisebb az egyezségkötés gyakorisága, és az ítélettel végződő eljárások jelentik a főszabályt a magánjogi jellegű ügyekben, noha a munkajogi perekben itt is nagyobb az egyezségkötéssel végződő ügyek száma, még ha ez nem is éri el az amerikai szintet. Egy 1970-1980 közötti időszakra vonatkozó német igazságügyi statisztikai adatsor alapján látható, hogy a kisebb súlyú ügyeket eldöntő Amtsgericht-eknél a perek 2/3-ban ítélettel, 1/3-ban egyezséggel zárulnak le, a magasabb értékhatárokon döntő Landsgericht-eknél pedig 40% körüli az egyezségkötés és 60% körüli az ítélettel végződő perek aránya (Rogowski 1982:174). A munkaügyi perekben - megfelelően annak, hogy itt tartós kapcsolatokról van szó, ahol a perek "kemény" jogi végigvitele teljesen tönkretelheti a kapcsolatot és annak jövőbeli fenntartását - nagyobb az egyezségkötések aránya, és itt ez 75%-ot tesz ki, szemben az ítéletek 25%-os arányával.

A magyar igazságügyi statisztikák sajnálatos módon nem tartalmazzák az egyezségkötéssel záruló magánjogi perek elkülönítését az ítélettel záruló ügyektől. Egy támpont lehet ennek felbecsülésére, ha a perek szüneteltetési adatait vesszük alapul, mivel ennek fő motívuma az egyezségkötés megkísérlése lehet. A szünetelések aránya a polgári pereknél a helyi bíróságoknál 1990-98 között 12-13%-os volt, és ez alig mutatott emelkedést, a megyei bíróságoknál pedig 6-8% között volt ez, és inkább enyhén csökkent ezek aránya ezen az időszakon belül. A gazdasági peres ügyekben a helyi bíróságoknál 1990-98 között 6%-ról 17,55%-ra ment fel a szünetelések aránya, de a megyei bíróságokon is a gazdasági pereknél 6%-ról 15,68%-ra növekedett (lásd Vavró 2000). Tehát ha a szünetelések mögött az egyezségkötésre tudunk következtetni, akkor a szűkebb polgári jogi területen nagyon csekély előfordulást tudunk feltételezni, míg a gazdasági pereknél erősen növekvő tendenciát mutatnak a számok. Persze a német arányokkal összevetve ez is nagyon alacsony, nem is beszélve az amerikai arányokról.

Magyarországon tehát a magánjogi perek fő szabály szerint ítélettel zárulnak, és a per végigvitele a jellemző, ezért fontos lehet az a jelzett változás, amely 2003-tól indulóan általános jelleggel beiktatja a mediációs eljárást. Ez nagyságrendekkel növelheti meg az egyezségkötések számát az ítélettel végződő perek rovására.

### A jogi vita továbbvitele: a fellebbezések aránya

A konfliktusmegoldás jogi vitává "keményítésének" legmagasabb fokát jelenti, ha még az ítélet után is tovább folyik a jogi út kimerítése, és fellebbezéssel kísérik meg az ítélet megváltoztatását. A jogi vitának erre a fokozatára csak kevés nemzetközi összehasonlító adatot tudtunk találni, de szerencsére e téren a magyar igazságügyi statisztikák pontos számokat adnak.

Érdekes lenne tudni az amerikai fellebbezési adatokat, ahol már az ítéletig is csak a magánjogi perek két-három százalékában mennek el, és a túlnyomó többség egyezségkötéssel zárul, de sajnos erre nem találtunk adatokat. A németeknél azonban sikerült friss adatokhoz jutni, és ezek azt mutatják, hogy miután az egyezségkötések aránya ebben az országban 33-40%-os az ítéletig eljutó perek 60-67%-os aránya mellett, az ítéletek elleni fellebbezések aránya már csak 6%-os illetve 14%-os szintig megy el. Az Amtsgericht-eknél - a kisebb súlyú ügyek bíróságainál - 6%-os volt a fellebbezési arány az 1990-es évek végén, a Landsgericht-eknél 14% volt ez (lásd Geis 1999, illetve a Sachsen-Anhalt tartományi parlament 2000. okt. 13.-i jegyzőkönyvét). Norvégiában a polgári perekben szintén ehhez hasonló, 15%-os fellebbezési arány volt 1995-ben (lásd Winsvold 1999).

A magyar fellebbezési arányok a következő képet mutatják. A *polgári jogi* ügyekben 1993-98 közötti adatok állnak rendelkezésre, és ezekből kiderül, hogy enyhén növekvő arányú fellebbezési arány van ezen a területen, és 1993-ban a 182 703 elsőfokú polgári peres ügyre 23 566 fellebbezés esett (ez 13%-ot jelentett), és évről-évre egy százalékkal emelkedett a fellebbezések aránya, majd 1998-ra 17%-ot ért ez el (lásd Vavró: Polgári perek 1993-1998). A *gazdasági pereknél* némileg magasabb a fellebbezések aránya, és ez itt 1996-1998 között évenként 18-20% között volt. Pl. 1998-ban 17 ezer első fokú gazdasági per volt a helyi bíróságokon, és ebből 3515 volt a megyei bíróságokon a fellebbezések száma (lásd Vavró: Gazdasági perek 1993-1998).

A *közigazgatási pereknél* a fellebbezések aránya 13-21% között volt 1993-98 között, és itt nem lehetett tartósabb tendenciát felfedezni, mert az 1993-as 18%-os arány két év múlva már 21%-os volt, majd süllyedni kezdett, és 1998-ban már csak 13% volt. Igaz, maguk a közigazgatási perek tömegben állandó emelkedést mutattak, és az 1993-ban lefolyt 16 484 elsőfokú közigazgatási per (amelyre 2943 fellebbezés esett) évről-évre növekedve 1998-ra már 40 252-re nőtt, és ez utóbbira 5664 fellebbezés esett, ami ugyan ennek csak 13%-a volt, de ez is majd duplája az 1993-as 2943 fellebbezésnek.



A munkajogi pereknél meglepően magas a fellebbezési arány Magyarországon. Míg a munkaügyi bíróságokra 1990-98 között 10-12 ezer perindítás érkezett, addig innen a fellebbezések száma a megyei bíróságok felé négyezer körül volt, ami egyharmad körüli fellebbezési arányt jelent. (Míg a polgári, a gazdasági és a közigazgatási pereknél ez csak láthatóan egyharmad körüli arány volt). Látni kell, hogy a fellebbezések aránya nagymértékben attól is függ, hogy mennyire egységes az első- és a másodfok ítélezése. Ha nagymértékben eltérően ítéleznek a másodfokon mint az elsőben - tehát sikeres a fellebbezések aránya -, akkor gyorsan megindul a fellebbezések számának növekedése. Ezzel szemben, ha ritka a másodfokon az elsőfokú ítélet megváltoztatása, ez visszahatásképpen csökkenti a későbbiekben a fellebbezések számát (lásd Posner 1990). Reménytelen ügybe senki nem vág bele szívesen, legfeljebb az időhúzás elérése ekkor az egyetlen cél.

A büntetőpereknél 1997-es adatunk van csak a fellebbezések arányára. Ebben az évben 94 818 közvédas büntetőper kezdődött a helyi bíróságokon, melyhez 8354 magánvédas per társult. A megyei bíróságokon ugyanakkor a fellebbezett közvédas ügyek száma 17 278 volt (lásd Solt 1999, 11. sz. melléklet és 26. sz. melléklet). Ez 18% körüli fellebbezési arányt jelent, vagyis nagyjából megegyezik a tágran vett magánjogi és közigazgatási pereknél látott számokkal.

Összefoglalóan ezekből az adatokból azt lehet kiolvasni, hogy a szűkebb polgári perek területén a fellebbezések aránya Magyarországon egyezőnek tűnik a nyugat-európai szinttel, noha nálunk eleve magasabb az ítéletig eljutó perek száma, így abszolút számokban ugyanaz a fellebbezési arány magasabb ügytömeget takar. A munkajogi perekben azonban meghökkentően magas nálunk a fellebbezési arány, és e mögött speciális okok húzódnak meg. Mint jeleztük, a bírósági ítéletek egységessége csökkenti, az itteni szétartás pedig növeli a fellebbezések számát egy-egy jogterületen, így egy magyarázatot adhat a munkaügyi bíróságok és a megyei bíróságok esetleges eltérő ítélezése. Emellett a munkaügyi bíróságok legitimitása és az elfogulatlan döntésükben való bizalom csekélyebb foka - a megyei bíróságokéval szemben - állhat még a magas fellebbezési arány mögött. Ezek azonban külön vizsgálat után állíthatók csak bizonyossággal.

#### **4. A joghoz jutás esélyei**

A modern társadalmakban az emberek joggal, jogi előírásokkal szembesülése mindennapi eseménnyé válik. A társadalom modernizálódásának egyik alapvető vonása, hogy a hierarchikus közösségekbe befogott egyéni élet helyett sokoldalúan függetlenített individuumokból álló társadalmi szerveződés jön létre. Így a tartós és változatlan kapcsolatokban zajló élet helyett a nagymértékben atomizált egyének állandóan változó, egyszeri kapcsolatokból felépülő élete lesz a jellemző. Ebben a

szerveződésben a termékek piaca és a szolgáltatások piaca a pénzen keresztül nyújtja az individualizálódott egyéneknek azt, amit korábban a hierarchikus kisközösségekben (többgenerációs nagycsaládok, szomszédságok, zárt falvak közösségei stb.) a szokások szerint szabályozottan a közösség tagjai teljesítettek egymás iránt. Régebben a gyereknevelés, öregkori gondozás, de a napi munka és a többi tevékenység is, tartós, változatlan közösségekben zajlott le, míg a modernizáció mai szakaszán ezek egyre inkább különböző szolgáltatási piacokon szerveződnek meg, és pénzen keresztül, személytelenül jutnak el az egyénekhez. Ez a modernizációs fejlemény a minimálisra szorítja vissza a valamikori közösségeken belüli ellenőrzési és konfliktus-megoldási mechanizmusokat az egyének között, és egyre inkább az állam által biztosított jogszolgáltatást teszi ezek eszközévé. A jog tehát egyre fontosabbá válik a modern társadalmak működésében, és az egyes ember életében egyre több szempontból válnak fontossá a jogi előírások és a jogi garanciák.

Ezzel a modernizációs fejleménnyel párhuzamosan jött létre az európai civilizációs fejlődésmenetben - már a felvilágosodásban - a törvény előtti egyenlőség, a jogegyenlőség eszméje, amely a feudális rendi társadalom egyenlőtlen jogi státuszai helyére minden ember egyenlőségét írta elő a jogi bánásmód számára. Ez nagy előrelépést jelentett a nyílt jogegyenlőtlenség korábbi állapotához képest, de az 1800-as évek folyamán nagyon hamar kiderült, hogy a vagyoni, iskolázottsági stb. egyenlőtlenségek az egyes egyének között sok szempontból semmissé teszik a törvény előtti egyenlőséget a mindennapi bírói perekben és más jogi eljárásokban. Ennek megfelelően a szociálisan érzékenyebb országok törvényhozásai már az 1800-as évek második felében léptek ebbe az irányba, és például a német polgári perrendtartás 1877-ben az ún. "szegényjog" keretében igyekezett költségkedvezményekkel segíteni az alsóbb társadalmi rétegek bírósághoz fordulását (lásd Kengyel 2001:179).

Ebben az időben azonban az emberek túlnyomó többsége még zárt kisközösségekben élte életét, és csak az élet ritka pillanata volt a joghoz fordulás, a bírói perben való részvétel. Csak az 1900-as évek gyorsuló iparosítása és átfogóbb modernizációja hozta létre a már jelzett széleskörű individualizációt és a hagyományos kisközösségek szerepének háttérbe szorulását, és ezzel a jogi előírások, illetve a jogi garanciák egyre erősödő szerepét a mindennapokban. Ennek megfelelően a formális jogegyenlőség mellett a joghoz jutásban való tényleges egyenlőség követelése is csak az 1900-as évek második felétől erősödött fel a modern társadalmakban. Az "access to justice" körülményeinek elemzése és a társadalom szegényebb rétegeinek e téren való szélesebb körű segítése Nagy Britanniában és az Egyesült Államokban indult az 1940-es évek végétől, de a kontinentális nyugat-európai országokban is hamar visszhangra találtak ezek a törekvések, és itt is átvették ezeket az 1970-es és 1980-as évektől kezdve. Először szűkebb jogszociológiai műhelyekben vitatták meg az itteni problémákat, majd az így kibontakozó kritikák hatására a törvényhozások is léptek, és a jótékonyági

alapon szerveződő magánszervezések mellett az állami jogsegély formáit is megteremtették.

Közép-Kelet-Európában az állampárti rendszerek bukása óta, az 1990-es évek elejétől gyors léptekkel halad a társadalom átalakítása abba az irányba, ahol a kiterjedt állami kontroll helyett a legkülönbözőbb életszférában a piaci szolgáltatások és a jog szervezi az életet. A megnövekedett jogi szerep így nálunk is sürgetővé teszi a joghoz jutás feltételeinek és az itteni esetleges akadályoknak a vizsgálatát.

Ebben a fejezetben ezt a fejleményt tartjuk szem előtt. Először megvizsgáljuk, hogy a jogkoncepcionális szembenállások milyen eltéréseket hoztak létre a joghoz jutást segítő utak kiépítésében (1), ezután megnézzük, hogy az angol-amerikai illetve a kontinentális európai jogrendszerek eltérő bírói szerepfelfogása milyen következményekkel jár a joghoz jutás biztosításában (2), ezután szemügyre vesszük az eltérő jogrendszerekben a perköltségek nagyságát és az ebből fakadó akadályokat a joghoz jutásban (3), és végül a legterjedelmesebb részben az állami és más, jótékonyági jogsegély-formákat vizsgáljuk meg rendszeresen (4).

Mivel hazai vonatkozásban rendszeres empirikus jogszociológiai vizsgálatok csak nagyon kis mértékben állnak rendelkezésre, ezért elsősorban a Nyugat-Európában és az USA-ban található megoldásokat elemezzük majd, de ahol magyar adat – legalább felbecsülhető nagyságban – található, ott az elemzés kapcsán ez is említésre kerül.

#### **4.1. Jogkoncepciók és a joghoz jutás modelljei**

Az eltérő jogkoncepciók a jog más és más mozzanatát emelik a jog középpontjába, és ennek fényében szemlélik az egész jogrendszer működését. Ebből következően a joghoz jutás biztosítását is eltérő irányokban és eltérő megoldásokkal lehet megközelíteni az egyes jogkoncepciókból. Ha a gyakorlati megoldásokat és az ezek közötti rivalizálásokat vesszük szemügyre, melyek az elmúlt évtizedekben a nyugati országokban kialakultak, akkor három főbb megközelítést tudunk elkülöníteni a joghoz jutás segítése terén. Az egyik megközelítést a szövegpozitvista és a jogdogmatikai pozitivista jogkoncepciókból kiindulók hozták létre, egy másik irányzatot e téren az alapjogi jogkoncepció hívei alakítottak ki, akik a jogot elsősorban az alkotmányos alapjogokkal azonosítják, és a jog többi mozzanatát csak kiegészítő és alárendelt szerepben fogják fel, és végül a gazdasági jogelmélet híveinek álláspontja különíthető el a joghoz jutás vizsgálata terén. Ez a harmadik azonban csak alárendelt szerepet játszik a gyakorlati megoldások alakításában, és inkább csak a polgári pereket illetően vannak markáns elképzeléseik. Főként az elsőként

említett két irányzat rivalizálása érhető tetten az egyes országok joghoz jutást segítő megoldásainak alakításában.

Legcélszerűbb megvizsgálni az Egyesült Államok joghoz jutási segítő formáit, mert itt épült ki legmarkánsabban ez a szembenállás, és más országokban csak az itteni ösztönzések hatására és csak kisebb mértékben jött ez létre.

Történetileg először az a fajta jogsegély épült ki, amely a szegényebb és az információhoz jutás terén hátrányos helyzetben lévő társadalmi rétegek számára a *hagyományos ügyvédi képviseleti és jogi tanácsadási tevékenységet nyújtotta ingyenes alapon*. Jótékonsági társaságok karitatív tevékenységként hozták létre már az 1800-as évek végétől a nagyobb amerikai városokban a "Legal Aid Societies" (Jogsegély Társaságok) rendszerét, melyek ügyvédek alkalmaztak abból a célból, hogy az alacsony jövedelemmel rendelkezőket ingyenesen segítsék jogi problémáik megoldásában (lásd Knoppke-Wetzel 1978: 197). Ezek ma is működnek, és minden nagyobb amerikai városban megtalálhatók a Legal Aid Bureau-k, de mivel az alacsony jövedelem igazolását nagyon szigorúan veszik, ezért rendszerint a kérelmezők 20%-át elutasítják az igazolások nehézsége miatt. Hasonlóan ehhez a jogsegélyi formához, a büntető ügyek területén két jogsegély-forma alakult ki, melyek szintén a hagyományos ügyvédi tevékenységet nyújtják ingyenes alapon. Az egyiket a kirendelt védő (Assigned Counsel) a másikat a "közvédő" (Public Defender) rendszere jelenti. A kettő között a különbség abban áll, hogy míg a kirendelt védőt a gyanúsított számára a hatóság, illetve a bíróság rendeli ki az ügyvédi irodák listájáról, akik jelentkeztek kirendelt védői feladatokra, ha a gyanúsított nem tud maga számára ügyvédet fogadni, addig a közvédő az önkormányzatok által felállított közvédői hivatalokban tevékenykedik alkalmazott ügyvédként vagy tartós megbízásban. Ennek fontos hatása van a két eltérő rendszer hatékonyságára. Míg a kirendelt védői listára az egyes ügyvédek közül rendszerint a fiatalabb és tapasztalatlanabb ügyvédek jelentkeznek, akik csak kevés ügyféllel rendelkeznek, addig a közvédői hivatalokba az amerikai ügyvédség nagy létszáma folytán kialakult óriási konkurencia lehetővé teszi a nagy tapasztalatokkal rendelkezők kiválogatását, másrészt ezek jól megfizetve, és erre szakosodva látják el a büntető ügyvédi feladatokat. Így ez utóbbiak rendszerint hatékonyabbak, mint a kirendelt védők (lásd Knoppke-Wetzel 1978:200). Az egyes amerikai városokban változva vagy az egyik, vagy a másik rendszert alkalmazzák, de valamelyik mindenképpen létezik. Még ebbe a hagyományos ügyvédi tevékenységet nyújtó körbe tartozik a "Judicare-System" jogsegélyi formája, amely a büntetőjogi ügyeken kívüli magánjogi jellegű ügyekben működik. Ezt a szövetségi pénzekből az 1960-as évek végétől kezdték kiépíteni, és lényege, hogy - a büntető ügyeken kívül - a jogi képviselőre és jogi tanácsadásra rászorult alacsony jövedelműek a helyi szociális hivatal vezetőjénél egy "jogsegély-kártyát" igényelhetnek, és ha a hivatal engedélyezi ezt, akkor kapnak egy jogsegély "hitelkártyát", amellyel bármely ügyvédhez fordulhatnak bírói eljárásban képviselőért, vagy más jogi tanácsadásért. Az ügyvéd a szokásos tarifája szerint ezután leemelheti munkadíját és eljárása

közben keletkezett kiadásait a hitelkártyáról, amely mögött a Judicare Fond-ok szövetségi pénzei állnak. Ez a megoldás a legteljesebben eltünteti a vagyonos és a szegény rétegek között a joghoz jutásban az egyenlőtlenségeket, mivel közvetlenül az ügyvédi szabadpiacra engedi be a jogosultat, míg az előbbieket a jótékonyági rendszerben valamiképpen alacsonyabb szintű jogász munkát biztosítanak csak. Igaz, hogy ez a megoldás háromszoros kiadást igényel az állam részéről egy-egy igénybevevő felé az ügyvédi piac magasabb tarifái miatt, ezért nem is terjedt el az USA teljes területén, csak néhány tagállamban működik ez.

A hagyományos ügyvédi tevékenység jogsegélyi formákba befogása mellett az 1960-as évektől, az alkotmányos alapjogok középpontba nyomulása és az erre épülő jogkonceptiók kibontakozása menetében, új jogsegélyi formák jelentek meg, illetve néhány régi forma új tartalmat kapott. A változás három irányban ragadható meg: 1) Egyrészt *a jogsegély iránya eltolódott* abból a szempontból, hogy nem a hagyományos törvényi és precedensjogi anyagból igyekeznek a jogi garanciákat biztosítani a jogsegély igénybevevője számára, hanem az alkotmányos alapjogokból és az ezeket konkretizáló felsőbb bírósági precedensekből. Ez az irányeltolódás megfelel annak, hogy a jogot ez a jogkonceptió elsősorban az alkotmányos alapjogokkal és az ezeket kibontó legfelsőbb bírósági döntésekkel azonosítja. 2) Egy másik változást az jelent, hogy az *egyéni jogvédelemről eltolódik a hangsúly az adott egyén átfogóbb csoportjának problémái felé*. E jogfelfogás híveinek körében ugyanis az a - máskülönben helyes - meggyőződés, hogy az egyéni jogi probléma mögött általános társadalmi problémák állnak, ám ők a politikai eljárások helyett a jogi perben törekednek e mögöttes általános társadalmi probléma orvoslására. Így próbaperek, tömeges perlések stb. szükségesek e nézet szerint abból a célból, hogy megváltozzon a jogrendszer vonatkozó része maga, és így kevésbé az egyéni jogi ügy a fontos. Vagyis a hagyományos ügyvédi munka helyett inkább mozgalmi jogázharcosokat és ezek politikai aktivitását állítja be jogsegély címen a bírói eljárásba ez a változás (lásd Epp 1998, Scheingold 1998). 3) Egy harmadik eltolódás abban áll, hogy itt már *elcsúszik a hangsúly a szegénység okán rászorultakról a más szempontból hátrányos helyzetben lévők felé*. Itt már inkább a bőrük színe miatt, nemi irányultságuk miatt és más okok miatt kisebbségben levők kerülnek be a csoportossá váló jogsegély középpontjába. Vagyis a jogsegély eredetileg "szegénységi filozófiai" alapozottsága az "alapjogi filozófia" felé csúszik el (lásd Knoppke-Wetzel 1978:205).

Az 1960-as évek "alapjogi forradalma" a demokrata párti (Kennedy, Johnson) elnöki adminisztrációk elkötelezett támogatásával ment végbe, és a szövetségi szintű törvények illetve az ezek által létrehozott pénzalapok ekkor jórészt ezeket a nem hagyományos, "mozgalmár jogász"-formákat részesítették előnyben. Az 1964-es "Equal Opportunity Act" egy önálló jogsegély-rendszert hozott létre, amely sokmillió dolláros támogatásokat adott a fekete kisebbséget felkaroló mozgalmi jogász szektornak, és az itt kiépített technikák terjedtek el később a feminista, majd a homoszexuális-leszbikus mozgalmak jogászaktivistái tevékenységében. De

ugyanígy a korábban is létező *pro-bono ügyvédi tevékenység*, amelyet egy-egy ügyvédi iroda jótékonyági alapon nyújt a szegényebb rétegek tagjai számára, egy hangsúlyváltáson ment át, és a mozgalmár jogászi egyesületek kezdték ezeket szervezni az 1960-as évek közepétől. Így például a Lawyers Committee for Civil Rights under Law (LCCRUL) 1964-től szervezi a pro bono tevékenységeket, és igyekszik átfordítani ezeket a hagyományos ügyvédi tevékenységből a mozgalmi jogászat céljaira (lásd Knoppke-Wetzel 1978:211).

A jogsegély-formáknak ez a jogkoncepcionális szembenállása kisebb mértékben felbukkant a nyugat-európai országokban is az 1970-es évek közepétől, de itt a mozgalmi jogászi irányzat csak egészen kis jelentőségre tett szert - majd látni fogjuk, hogy az angoloknál volt erre ekkor egy kísérlet -, és a hagyományos ügyvédi tevékenység jogsegélyi formákba befogása maradt a domináns mindvégig. Ám az új közép-európai demokráciákban - így nálunk is - az amerikai impulzusok már az eddigiekben is nagyobb hatást értek el.

Magyarországon jól megfigyelhető, hogy az államilag finanszírozott jogsegély-formákon túl a magánszféra által szervezett jogsegélyek az Egyesült Államokban már kimutatott szembenállás mentén kezdtek kiépülni a rendszerváltás utáni évektől. A hagyományos ügyvédi tevékenység jogsegélyi formákba befogása mellett a mozgalmi jogvédelmi szervezetek is gyors ütemben kezdtek teret nyerni az 1990-es évek közepétől.

A *tradicionális ügyvédi tevékenység* jogsegély formájában való megszervezését - alapvetően munkajogi kérdésekre szűkítetten - egyes országos szakszervezeti szövetségek vállalták fel. Így az MSZOSZ - a legnagyobb országos szakszervezeti szövetség - megyei szinten szervezve, az egész országban létrehozott egy jogsegély-hálózatot, megyénként egy-egy, de néhány helyen két ügyvéd beállításával, szakszervezeti tagoknak, munkaügyi problémák esetén. Az így alkalmazott ügyvédek neve, címe, fogadó órája az interneten is elérhető az érintettek számára. Ugyanígy a Liga Szakszervezet egy ügyvédet állított be jogsegélyszolgálatra, szintén munkaügyi problémákra. (Sajnos, ügyforgalmi adatok és az erre fordított pénzügyi háttér adatai nem állnak rendelkezésünkre.) De található az interneten a "Segélyhely" honlapon olyan jogi tanácsadást nyújtó hely, amely néhány soros, tényállás-leírást tartalmazó kérésre néhány sorban összefogva jogi felvilágosítást és tanácsokat ad, és a néhány száz, jogi tanácsadási e-mail levélváltást átolvasva, szakszerű jogászi tanácsoknak minősíthetők ezek (lásd: <http://www.segelyhely.hu>)

A magánszférát tekintve kiterjedtebbnek tűnik az előbbi mellett az amerikai impulzusokra visszamenő mozgalmi jogsegély-formák rendszere, és kiépülésének menete is dinamikusabbnak minősíthető. Döntően a Soros Alapítvány által finanszírozott jogsegély-szervezetekről van itt szó, melyek nagy része a cigány kisebbség, illetve a nemi irányultság szempontjából kisebbséget jelentő homoszexuális-leszbikus csoportok részére szervez jogvédelmet, lényegében az

emberjogi ideológia mentén, és ahogy az Egyesült Államokban már láthattuk, az egyéni ügyektől sok esetben az átfogóbb csoportproblémák politikai küzdelmei felé eltolódva. Például 2001-ben a “Döntések a joghoz jutás és az esélyegyenlőség” szekcióban 19 millió forintot osztott szét a Soros Alapítvány ilyen fajta jogvédő szervezetek között. Jelezni kell persze, hogy az így támogatott jogsegély-szervezetek egy része a hagyományos “szegényjogi” filozófia mentén épül fel a Soros-támogatásoknál is, ám ezek tevékenységéről kevesebbet tudhatunk, mert a jogpolitikai csoportosulás médiaháttere elsősorban az emberjogi harcokat tárja a nyilvánosság elé. Szintén a Soros Alapítvány jogvédő rendszerébe tartozik az a kezdeményezés, amely egy “Mozgó Jogsegély Szolgálat” kiépítését célozta meg, és kisbuszokkal “mozgó ügyvédi irodákat” szándékozik köröztetni az ország egyes régióiban. Erre 2001-ben további nyolcmillió forintot fordítottak, és az interneten elérhető leírás szerint ez is az emberjogi szektorba tartozik, a cigányság körében, a velük szemben feltáráható diszkrimináció ellen igyekszik majd jogi védelmet nyújtani.

#### **4.2. A bírói szerep eltérésének hatásai**

A törvény előtti formális egyenlőség és a ténylegesen egyenlő esély a mindennapi jogszolgáltatás menetében erősebben elszakadhat egymástól azokban a jogrendszerekben, ahol a bíró passzívan, csak a felek által elé tárt tények alapján és csak a felek által döntésre kiemelt jogi kérdésekben köteles dönteni. Ezzel szemben ahol a bíró aktívabb tevékenységre kötelezett az elé tárt eset tényei összegyűjtésében és ezek tisztázása terén, illetve a vonatkozó jogi kérdések feltárásában, ott ez az elszakadás csak kisebb mértékű. Az utóbbi esetben a bíró az objektív igazság kiderítésére kötelezve, a felek közötti eltérő tudást és a jogi képviselővel alátámasztottságban meglévő eltérést részben maga is kiegyenlítheti. Ám ahol a bíró nem mehet túl a felek által elé tárt tényeken és az általuk feltett jogi kérdéseken, ott a felek közötti eltérés a jogi képviselet terén végzetes lehet a gyengébben képviselt vagy ügyvéddel egyáltalán nem képviselt fél számára.

A modern jogrendszerekben ez az eltérés található meg egyrészt az angol-amerikai jogrendszerek, illetve az ide tartozó régi angol gyarmatok jogrendszerei (India, Ausztrália stb.), másrészt a kontinentális európai országok jogrendszerei között. Az angol-amerikai jogrendszerek passzív bírói szerepével szemben a kontinentális európai jogok aktív bírói szerepe áll. Így érthető, hogy a “joghoz jutás” témaköre az angol és az amerikai jogirodalomban illetve jogpolitikai törekvésekben jelentkező először, és ma is szélesebben kiépült itt, mint a kontinentális európai jogrendszerekben (lásd Blankenburg 1979:231-249). A büntető perekben például mind Nagy-Britanniában, mind az Egyesült Államokban az állami költségvetésből biztosított kirendelt védő (vagy közvédő) már akkor jár a gyanúsítottnak, ha az általa elkövetett bűncselekmény szabadságvesztéssel büntethető, míg

Németországban csak akkor, ha a kiszabható szabadságvesztés törvényi minimuma eléri az egy évet. Ez pedig csak a legsúlyosabb bűncselekmények (emberölés, nemi erőszak, fegyveres rablás stb.) esetében ad jogot a gyanúsítottaknak a kirendelt védőre (lásd Dannemann 1996:276).

A különböző fokú bírói aktivitás a perek lefolyása kapcsán tehát eltérő fontosságot ad az állami és a magánalapon szervezett jótékonyági jogsegély-formáknak, de a komplexebb jogi ügyekben a bírói aktivitás magasabb foka sem képes kiegyenlíteni a felek eltérését a jogi képviselési háttérben. Jelezni kell itt, hogy az angol jogéletben törekvések mutatkoznak a passzív bírói szerep változtatására, és több törvényhozási reformbizottság felmutatta már az ebben rejlő hátrányokat. Az 1995-ben a Lord Woolf által irányított széleskörű elemzés kimutatta, hogy elsősorban a passzív bírói szerep az oka a perek elhúzódásának, mivel a tehetősebb perbeli felek ügyvédei a széleskörű bizonyítással - sokszor a per szempontjából lényegtelenebb részleteket is bevonva és ezeket is tüzetesen megvizsgálva - el tudják érni, hogy az anyagilag gyengébb háttérrel rendelkező fél a hosszú per folyamán anyagilag ellehetetlenül, és ezzel a taktikával számára előnytelen egyezségkötésbe is belekényszeríthető a hosszúra nyúlt per egy pontján (lásd: Woolf-Report 1995:25). A passzivitásra kötelezett bíró pedig semmit nem tehet ez ellen. Egy sor hasonló hátrány miatt az angolok a Woolf-Report nyomán 1999-ben egy széleskörű törvényhozási reformot vezettek be a polgári perrendtartás terén, amely közelítette az angol bíró szerepét a kontinentális európai bírósághoz. A jogrendszer egészét szemlélve azonban még ma sem lehet eltekinteni a joghoz jutás vizsgálatánál és az erre vonatkozó megoldások elemzésénél a bírói szerep eltéréseinek hatásaitól a két nagy jogcsalád között.

#### **4.3. A perköltség hatása a joghoz jutásra**

A széles értelemben vett magánjogi - gazdasági jogi, munkajogi, családjogi - perekben a perköltség mértéke nagyban befolyásolja a jogosultak hozzájutását jogaikhoz, joggal alátámasztott követelésükhöz. Az ügyvédi munkadíjak és készkiadásaik fizetése vagy az egyes bizonyítási cselekmények költségeinek, a per illetékeinek fizetése a per folyamán a kisebb jövedelműeket - pernyerési esélyeiktől függetlenül - eleve megakadályozhatja jogaik bíróság előtti érvényesítésében. Így az absztrakt szinten biztosított jogok és jogi garanciák illetve a törvény előtti egyenlőség ellenére a társadalom bizonyos részei hátrányos helyzetbe kerülhetnek a jogszolgáltatás igénybevételénél. A joghoz jutás elemzésénél és az itteni esélyegyenlőség biztosításánál így elengedhetetlen a perköltség kérdésének vizsgálata.

A probléma érzékeltetésére érdemes összevetni az angol, a német és a magyar



polgári perek eltérő költségkihatásait. Ha egy angol peres fél az egyhavi átlagkeresetének megfelelő kb. ezer angol fontot kitevő követelésért perel, a solicitornak (a perelőkészítő ügyvédnek) és a barristernek (a tárgyalótermi ügyvédnek) kifizetett munkadíj - amely óradíjas alapon történik, és így az ügyvédek a minél nagyobb idő perbe investálásában érdekeltek - minden valószínűség szerint már eleve nagyobb lesz, mint a perelt követelés értéke (lásd Dannemann 1996:289, Woolf- Report 1995). A bírósági illetéket hozzáadva pedig teljes bizonyossággal mondható, hogy havi átlagkereset nagyságú követelésért Nagy-Britanniában nem célszerű perelni. A pernyertes fél ugyan visszakapja a per folyamán kifizetett költségeit, az ügyvédi munkadíjjal együtt. De a hosszan elhúzódó perek és az anyagilag erős, de pervesztésre álló ellenfél széleskörű lehetősége a vég nélküli bizonyításra a per elnyújtása érdekében, szinte bizonyosan egyezségkötésre kényszerítheti már az ítélet előtt a másik felet, és így a megosztott perköltségek még mindig többre fognak kerülni, mintha egyáltalán nem perelt volna. Mindez eleve elriasztja a kis értékű követelések perlésétől a gyengébb anyagi háttérrel rendelkező feleket (lásd Dannemann 1996, Woolf-Report 1995). Gerhard Dannemann leírása szerint 1993-ban még egy 100 ezer font követeléséért küzdő angol házaspár is - végső pernyertessége ellenére - végül több kiadást fizetett ki a perre, mint amit végül követelésével elért.

Németországban - szemben az angol helyzettel - nem a szabad ügyvédi alku, az óradíjas rendszerben, hanem a jogszabályilag rögzített ügyvédi munkadíjak és bírósági illetékek rendszere létezik. Eszerint, ha egy német perlő fél a hazai átlagkeresetének megfelelő másfélezer euró nagyságú követelésért perel, akkor ügyvédi munkadíj és a bírósági illeték címén kb. ezer euró perköltség fizetésére lesz köteles, tehát majdnem az egész követelése értékével azonos összegre rúg a perköltsége. Az 1990-es évek második felében még 50 ezer márka (ma kb. 25 ezer euró) követelésnél is 12 ezer márkát (hatezer eurót) tett ki a perköltség (vagyis a követelés negyedét), de az átlagos, tízezer márkás követelések esetén még ennek felét is elérte a perköltség. Az angolhoz képest azonban még ez is olcsóbb perlést jelentett, és főként a perek rövidebb időtartama és a fix perköltség előre kalkulálhatósága miatt a német polgári perekben a joghoz jutás nagyobb mértékben biztosított, mint az angol polgári perekben. (Az átlagos angol polgári per, ha végigviszik az ítéletig, több mint három évig tart, míg a németeknél az esetek döntő többségénél fél év alatt megtörténik az első fokon az ítélethozatal.)

Végül ha a magyar helyzettel hasonlítjuk a fentieket össze, akkor látni kell, hogy nálunk az átlagosan a pertárgyérték hat százalékát kitevő bírósági illetékek és a mostanáig fennálló egy-öt százalékos ügyvédi munkadíjak sokkal olcsóbbá teszik a hazai perlő fél helyzetét, mint akár a németeknél, nem is beszélve az angol helyzetről. Az elmúlt hónapokban persze egy igazságügyminiszteri rendelet eltörölte az ügyvédi munkadíj 1-5% közé szorítását, és a perbeli fél és ügyvédje szabad megállapodására bízta azt, de még nem tudni, hogy a gyakorlat milyen irányba megy el, és az említett rendelet amúgy is lehetővé teszi a bíró számára, hogy

mérsékelje az ügyvédi díjat a pervesztes fél felé megfizetendő perköltség meghatározásakor, ha azt eltúlzottnak látja. (lásd a 8/2002. (III. 30) IM rendeletet). Ez az alacsony perköltség csak két kiegészítés szem előtt tartásával érthető meg. Az egyik abban áll, hogy a bíróságok működését az alacsony bírósági illetékek csak egészen kis mértékben fedezik, és például az 1998. évi költségvetés bírósági fejezetében a 27 milliárdos bírósági költségvetésnek csak a tíz százalékát adták az ezekből származó bevételek, és 90%-ban az állami támogatás fedezte ezt. A bírósági rendszert tehát szinte ingyenesen bocsátja a jogszolgáltatás feladatára az állam a magyar szervezésben, és ennek költségei alig jelennek meg a perköltségben. A másik kiegészítést úgy adhatjuk meg, ha jelezzük, hogy még a 90%-os költségvetési hozzájárulás is szegényes állapotban tartja a bírósági szférát, az épületeiket, a technikai berendezéseket és a bírák illetve alkalmazottak fizetéseit tekintve. Az alacsony szinten tartott perköltség tehát, miközben a joghoz jutásban segíti a perlés elkezdését még a szegényebb rétegekhez tartozók számára is, a bírósági szféra anyagi problémáit hozza létre. (Lásd az 1980-as években az "olcsó perlésre" az állampárti közép-európai rendszerekben Kengyel Miklós megállapításait : Kengyel 1990:121).

A perköltség kapcsán fontos kitérni a jogvédelmi biztosítás helyzetére, amely a szélesebb elterjedtség esetén hozzájárulhat a joghoz jutás terén az esélyegyenlőség garantálásához. Biztosítás abban a szektorban tud széleskörűen elterjedni, ahol a biztosítási kockázat a számba jöhető események költségkihatásainál kiszámítható. Ezzel szemben, ahol ez a kalkulálhatóság csekélyebb mértékű, a biztosítók csak magas biztosítási díj ellenében vállalják a biztosítást, ez pedig csökkenti az igénybevevők körét. A jelen eseten döntő fontosságú az ügyvédi munkadíj rögzített rendszerű modellje, illetve az óradíjas ügyvédi díjak közötti különbség. Az óradíjas alapú modellben ugyanis az egyes ügyvéd eleve a hosszas perlésben érdekelt, és a szembenálló felek ügyvédeknek kifogyhatatlan bizonyítási ötletei kiszámíthatatlanná teszik a per indításánál a végső perköltség nagyságát. Ez a kalkulálhatatlanság pedig csak magas biztosítási díj mellett teszi lehetővé a jogvédelmi biztosítás vállalását (lásd Partington 1979:150-160, Dannemann 1996:283). Ezzel szemben a fix perköltségek rendszere a németeknél az elmúlt évtizedekben a legszélesebb körben elterjesztette a jogvédelmi biztosítást, és az 1990-es évek közepén már a német háztartások fele kötött ilyet. A havi néhány márkás (ma: eurós) jogvédelmi biztosítás pedig lehetővé teszi a szegényebb rétegekhez tartozók számára is a per könnyű elkezdését, mert az ügyvédi munkadíjat, a bírósági illetékeket és a többi felmerülő költséget a biztosító még pervesztesség esetén is fizeti. A németek magas perlési arányait összehasonlítva például az angolokéval, ez is magyarázza, de a jelen esetben a joghoz jutásban az esélyegyenlőség kapcsán ez mint fontos tényező jön számba (lásd a jogvédelmi biztosítás átfogó elemzését: Blankenburg 1996).

Magyarországon csak az 1990-es évek közepén kezdődött el a jogvédelmi biztosítás kiépítése, de ma ez még csak egészen szűk körben létezik (lásd Zavodnyik 1996:106).

#### 4.4. Az állami és a jótékonyági jogsegély formái

A jogászi segítség nyújtását - rászorultsági alapon - három területen lehet vizsgálni: a büntetőeljárásokban felelősségre vont esetében, a jogait polgári perben érvényesíteni kívánó rászorultnál és végül a bírósági eljárásokon kívüli jogi tanácsadás területén. Történetileg is ebben a sorrendben jöttek létre az állami/jótékonyági jogsegélynyújtás formái, először a büntető perben, majd az ezen kívüli bírósági perekben és végül a bírósági eljárásokon túl is. Ez utóbbi különösen azért is terjed nagy léptekkel az elmúlt évtizedekben több országban is, mert nyilvánvalóvá vált, hogy a bíróságon kívüli jogi tanácsadás az esetek egy részében lehetővé teszi a jogi konfliktusok perléssé alakításának elkerülését is. Az enélkül perbe szállás mellett döntő fél számára a jogi tanácsadás folyamán evidenssé válhat, hogy perlése amúgy is kilátástalan lenne, vagy az, hogy a peren kívül még más mód is nyílik az ügye kezelésére.

##### 4.4.1. Kirendelt védő a büntetőeljárásban

E téren a következő főbb szempontok szerint vizsgálhatjuk a büntetőeljárásban a terheltet (a tett elkövetésével gyanúsított, vádolt személyt) állami pénzből védő ügyvéd tevékenységét: 1) *Tárgyilag* milyen széles a büntetőeljárások köre, amely kirendelt védő igénybevételére jogosítja fel a terheltet. 2) *Időbelileg* mely ponton léphet be a büntetőeljárásba a kirendelt védő. 3) *Minőségileg* milyen mértékben közelít a kirendelt védő tevékenysége a szabad ügyvédi piacon választott ügyvéd tevékenységéhez.

1) Tárgyilag a kirendelt védőre jogosultság attól függően eltérő terjedelmű a különböző országokban, hogy csak a legsúlyosabb bűncselekményekkel gyanúsítottaknak jár ez, vagy már önmagában az, hogy szabadságvesztéssel fenyegetik a bűncselekményét, jogosulttá teszi erre. Nem függetlenül attól, hogy a bíró milyen aktív vagy passzív szerepet játszik a büntetőper vezetésében, a szélesebb körben való igénybevételre az angolszász jogrendszerekben van lehetőség. Mind Nagy-Britanniában, mind az Egyesült Államokban kirendelt védő illeti meg a gyanúsítottat már akkor, ha szabadságvesztés kiszabását írja elő a jogi szabályozás arra a bűncselekményre, amellyel gyanúsítják, illetve vádolják (lásd Knoppe-Wetzel 1978:198, Dannemann 1996:287). Ezzel szemben Németországban csak akkor jár a kirendelt védő a terhelt részére, ha az általa elkövetett bűncselekményre a törvényben előírt törvényi minimum eléri az egy év szabadságvesztést. Mivel a német büntető törvénykönyv egy év minimumot csak a legsúlyosabb bűncselekményeknél ír elő (a szándékos emberölésnél, a nemi

erőszaknál, a fegyveres rablásnál stb.), így a büntetőeljárások nagyon nagy részében, ahol a törvényi minimum ennél kisebb, nem vehet részt kirendelt védő.

Magyarországon hasonló a helyzet, mint a németeknél, noha itt nem a törvényi minimumhoz, hanem egy meghatározott maximumhoz köti a büntető eljárási törvény a kirendelt védőre való jogosultságot. A Be. 47. §-a szerint a védő részvétele kötelező a büntetőeljárásban, ha a bűncselekményre a törvény öt év szabadságvesztésnél súlyosabb büntetést rendel, de ezen túl lényeges az is, hogy fiatakorú ellen folyó büntetőeljárásban és néhány más esetben is, kötelező a kirendelt védő, ha maga a terhelt nem hatalmazott meg védelmére ügyvédet (lásd Nagy 2000:7). A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy az összes büntetőeljárásban érintett terheltet tekintve az esetek 20%-ában van kirendelt védő, és ezen túl 10%-ában meghatalmazott védő található, vagyis tíz esetből hétben egyáltalán nem vesz részt védőügyvéd a büntetőeljárásban (lásd Fenyvesi 2001:1). Az ügyéssel szemben így a jogban járattan és az eljárási garanciákat, bizonyítási lehetőségeket nem ismerő vádlott jogait a bíró védheti csak.

Itt jelezni kell azt a változást, amely 2003 januárjától beállhat, ha hatályba lép a már korábban halasztott hatállyal elfogadott új büntetőeljárási törvénykönyv. Ez a kódex, sok szempontból szakítva az európai jogi hagyományokkal, a büntetőbíró passzív pervezetését írja elő, és a fő súly a bizonyítási javaslatok terén a perbeli felek kezébe megy majd át. Amennyiben ez a törvénykönyv tényleg hatályba lép a többéves csúszás után, akkor a kirendelt védő szűkebb körű részvétele tarthatatlanná válik, és ehelyett indokolt lesz majd az angolszász országokban látott szélesebb igénybevétel végiggondolása.

2) Időbelileg is nagy eltérések vannak az egyes országok között a kirendelt védő bevonásának időpontját illetően. A legkorábbi időpontban az Egyesült Államokban kapcsolódik be a kirendelt védő a büntetőeljárásba, és már az első kihallgatáson közölni kell a gyanúsítottal, hogy ügyvéd jelenléte nélkül nem köteles válaszolni, és amennyiben maga nem képes ügyvédet meghatalmazni, akkor kérhet kirendelt védőt. Ennek elmaradása esetén nem lehet figyelembe venni a gyanúsított kihallgatásakor elhangzottakat (Fenyvesi 2001:4). Nagy-Britanniában, ha ilyen szigorúan nem is járnak el, szintén mód nyílik a kirendelt védő biztosítására a nyomozás kezdetétől. Itt 1984-től vezették be a "Duty Solicitor" intézményét, aki a nyomozás egész szakasza alatt védi a gyanúsítottat, ha az maga nem tud védőt meghatalmazni. Hasonló a helyzet Magyarországon is, és itt is jelen van a kirendelt védő már a nyomozati szakaszban, de itt csak a nyomozás első napjai után kerül erre sor. A magyar szabályozás ugyanis úgy rendelkezik, hogy kötelező védelem esetén fel kell hívni a gyanúsítottat a kihallgatáskor, hogy ha három napon belül nem hatalmaz meg ügyvédet védelmére, akkor a hatóság rendel ki számára védőt. Ám így a döntő fontosságú első napokban, amikor a nyomozás fő irányait és az alapul fekvő tényeket összeállítják, nincs még jelen védő a gyanúsított mellett (Fenyvesi 2001:1). A német szabályozás még ennél is később teszi kötelezővé a kirendelt védő

bevonását, és fő szabály szerint erre csak akkor kerül sor, amikor az ügyész benyújtotta a vádiratot a bíróságra (Dannemann 1996:198). Vagyis itt a nyomozati szakasz egészéből kiesik a kirendelt védő, és csak a bírói szakaszban kap szerepet. De a túlzott következtetések levonásának elkerülésére ismét emléteni kell itt a különbséget a passzív angol bíró és az objektív igazság kiderítésében aktivitásra kötelezett német bíró eljárási szerepe között.

3) Minőségileg az eltérést a kirendelt védő tevékenysége és az ügyvédi szabadpiacon kiválasztott védő tevékenysége között egy sor körülmény befolyásolja. Az első és legfontosabb az, hogy az állami kirendelés mennyiben csak a kezdő és tapasztalatlanabb illetve az ügyvédi piacról kiszorult gyenge ügyvédek terrénuma lesz, vagy ezzel szemben a tapasztaltabb és aktívabb ügyvédek is be tudják vonni ebbe a körbe. Ez a különbség pedig elsősorban attól függ, hogy mennyiben közelíti meg a kirendelt védőre fordított állami költség a meghatalmazással elérhető ügyvédi jövedelmeket. Az Egyesült Államok esetében már láttuk az előzőkben, hogy az "assigned counsel", a kirendelt védő rendszerint csak csekély összeget kap, és ezért csak a kezdő ügyvédek kérik felvételüket a kirendelt védői listára. Ezzel szemben a közvédői hivatalokban alkalmazottként foglalkoztatott ügyvédek ("public defender") már tapasztaltabbak, rendszeres jövedelmet biztosít számukra ez a tevékenység, így a közvédő hivatalok válogathatnak a jelentkező, kiváló ügyvédek közül. Az igazi megoldást ezen a téren az amerikai "judicare-system" formája jelentené, amely egy hitelkártyát biztosít a jogosult számára, és ez maga választhatná meg az ügyvédi szabadpiacról az ügyvédjét, igaz, hogy ez háromszoros összegbe kerülne az állam számára a közvédői hivatal költségeihez képest. De ez a forma az Egyesült Államokban is csak a büntető ügyeken túli polgári jellegű ügyekre vonatkozik.

Nagy-Britanniában a jogi piacon kialakuló ügyvédi óradíjakat veszik alapul a kirendelt védő díjazásánál is, és az állam erre fordított pénzösszegeinek nagyságát mutatja, hogy 1990-ben - az összes lakosra vetítve - majd tíz font volt az állami kiadás a bűnügyi védelem költségeire, míg a németeknél ugyanez az összeg - szintén angol fontban számítva - csak egynegyed fontot ért el (Dannemann 1996:184). Igaz, ebbe a nagyságrendű különbségbe belejátszik az is, hogy a sokkal hosszabb ideig tartó angol büntetőperek a némethez képest időbeli ráfordításban is sokkal több munkát követelnek meg a kirendelt védőtől. Mindenesetre a németeknél a piaci díjazásnál alacsonyabb a kirendelt védő munkadíja, és ez eleve szelektálást hoz létre az erre vállalkozó ügyvédek között. És ez még csak fokozódik a közép-európai országokban, ugyanis Csehországban, Szlovákiában és Lengyelországban alacsony tarifákkal dolgoznak a kirendelt védők, illetve a lengyeleknel jó ideig még ingyenes is volt ez az ügyvédek számára kötelező kirendelt védői tevékenység ellátása (lásd Fenyvesi 2001:5-6).

A magyar helyzetre rátérve látni kell, hogy itt is alacsony munkadíjak határolják be a kirendelt védői feladatokra jelentkezők körét, és ezek jórészt a kezdő és

tapasztalatlanabb ügyvédek közül kerülnek ki, akiknek egészen mostanáig az 500 és ezer forint közötti óradíj is vonzó lehetett, de ezentúl motiválta őket az is, hogy tapasztalatokat tudtak így szerezni a perbeli tevékenységet illetően, és ezen az úton is növelni igyekeztek a későbbi ügyfélkörüket (lásd Nagy Zsolt empirikus felmérését a hazai ügyvédek motívumait illetően: Nagy 2000b). Egy új igazságügyminiszteri rendelet megnégyszerezte ezt az összeget, óránként kétezer forintot megállapítva, és ez valamivel több, mint amit 1994-től - az 500 forintos óradíj megállapításától - az infláció felemésztett. A felmérések szerint a fiatalabbak mellett még az idősebb ügyvédi korosztályból is kerülnek ki kirendelt védők, és ezeknél a háttért az jelenti, hogy az 1990-es évek elején felvirágzó gazdasági jogi ügyvédi tevékenységbe nem tudtak bekapcsolódni - ezekben az akkori kezdő ügyvédek voltak fürgébbek és sikeresebbek -, így az idősebb ügyvédek maradtak a hagyományos tárgyalótermi ügyvédi feladatoknál, és ehhez közel áll a kirendelt védő tevékenysége is (Nagy 2000b). Csökkentette a kirendelt védők aktivitását az alacsony óradíjak mellett az is, hogy az állam nem fizette számukra az iratmásolásokat, pedig az oldalankénti 100 forintos másolási díjat a nagy tömegű iratsomóknál saját zsebből a kirendelt ügyvéd nem tudta fizetni. Így pedig a kirendelt védő felkészülése a védelemre csak csekély fokú lehetett, a védencétől pedig annak anyagi helyzete miatt rendszerint nem tudta ezt kérni (lásd Fenyvesi 2001:2). Ezen is változtatott az új igazságügyi rendelet, és befogta ezt és más készkiadásokat is a kirendelt ügyvédnek megtérítendő összegek közé.

Összességében tehát a legtöbb megoldás a büntetőeljárásokban csak csökkentett színvonalú kirendelt védői tevékenységet biztosít, és ez nagymértékben érvényes a hazai állapotokra is.

#### 4.4.2. A jogsegély formái a magánjogi perekben

A büntetőeljárásokban a gyanúsított, a vádlott büntető szankciókkal sújtása áll a középpontba, és ez a tét nem alkalmas a gyanúsított és ügyvédje között a cserekapcsolatok kialakítására. Ezért itt csak az ezen kívüli díjazás fejében várható el az ügyvédtől - most eltekintve az emberbaráti szeretetből fakadó esetleges védői motívumoktól -, hogy vállalja a fél jogi képviseletét. Ezzel szemben a magánjogi követelések és különösen a kártérítési követelések terén *már maga a perbeli követelés bevihető az ügyvéd motiválásába*. Így ezen a téren a rászorultság és az alacsony jövedelem sem feltétlenül követeli meg az állami dotációval való perlés garantálását - alkalmazhatjuk témánkra a gazdasági jogelmélet kiindulópontját. Ebből a jogkonceptióból inkább az következik a magánjogi perekre nézve, hogy tegyük lehetővé a perjogi szabályokkal az ügyvédi piac megfelelő működését, és akkor az ügyvédi piac maga keresi meg a pernyertességre alkalmas ügyeket, és ajánlkozik akár a szűkös anyagiakkal rendelkezők számára is perbeli képviseletre. A követelés megnyerése után az abból való osztozkodás garantálja az ügyvéd számára,

hogy érdemes minden erejét bevetni az ügy megnyerésére. Így, ha egy magánjogi követelés nem talál ügyvédet az ügyvédi piacon, akkor az csak annak bizonyítéka, hogy a perbeszállás reménytelen az ügyvédi piac értékelése szerint (lásd Posner 1990:342, Cohen 1984). Ahol ez a jogkoncepció befolyást talál a törvényhozásra és az igazságügyi adminisztrációra, ott visszaszorulnak az állami jogsegély-formák és a mögéjük telepített állami pénzalapok, és inkább az ügyvédi piac megfelelő aktivitását célozzák meg a perjogi szabályozás megfelelő alakításával. Ez történt az Egyesült Államokban az 1980-as évektől, ahol az extrémításig hajtott ügyvédi konkurencia és az ügyvéd "vállalkozóként" megjelenése a magánjogi perekben amúgy is hagyományokkal rendelkezik. Az európai országokban - noha egyetemi jogászörökben már vannak hívei ennek a jogkoncepciónak – még nem tett hatást az állami jogsegély terén a jogpolitikai elképzelésekre. Sőt éppen ellentétes, növekvő állami feladatvállalás a jellemző itt az elmúlt évtizedekben, ami pedig érdekes feszültségben áll az amúgy sokoldalúan végrehajtott "államtalanítási", "piacosítási", "privatizálási" törekvésekkel. (Lásd ennek konstatálását Dannemann 1996:287).

Ha az állami jogsegély-formákhoz fordulunk a magánjogi perlés területén, akkor az Egyesült Államokkal kezdve, a már elemzett "judicare-system" megoldását kell kiemelni. Ez, mint láttuk, a teljes összeg kézhez tartásával vállalja át az alacsony jövedelem igazolása után, hogy az arra jogosult az ügyvédi piacon állami pénzből fogadjon fel jogi képviselőre ügyvédet. Am épp a jelzett, polárisan szembenálló gazdasági jogkoncepció befolyása miatt ez nem terjedt el teljesen az Egyesült Államokban, és csak néhány tagállamra kiterjedően működik. Általában megfigyelhető volt az elmúlt évtizedekben, hogy ha republikánus elnök és ennek igazságügyi adminisztrációja alakította a jogsegély-politikát, akkor inkább visszaszorították az állami jogsegély-alapokba fektetett összegek nagyságát, illetve leálltak új állami jogsegély-formák bevezetésével, ezzel szemben a demokrata kormányzatok - melyek több szempontból az európai szociáldemokratáknak megfelelő törekvéseket vallanak - inkább hajlottak és hajlanak az állami jogsegélyekkel az ügyvédi piacba való beavatkozásra.

A nyugat-európai országokat szemügyre véve a magánjogi perlést támogató állami jogsegélyek terén, azt lehet látni, hogy itt még nagyvonalúbbak rendszerint, mint a büntető perek kirendelt védőinek kérdésében. A leírásokból kitűnően mind az angolok, mind a németek a szokásos ügyvédi munkadíjakra kapják az állami pénzösszegeket, ha alacsony jövedelmük bizonyítása sikerül, és megkapják az engedélyt az állami költségen való perlésre (lásd White 1978, Dannemann 1996:288). A '90-es évek elején mind a két országban évente 380 ezer körül volt azok száma, akik perlésükre megkapták az állami jogsegély igénybevételét, noha ez a németeknél a jóval nagyobb perlési kedv, így a magasabb itteni pergyakoriság miatt csak a perlő felek kisebb hányadát segíti, míg az angoloknál ez az összes magánjogi perlés nagyobb százalékánál jelenik meg. Másrészt fontos látni, hogy az angoloknál a hosszabb ideig elhúzódó és óradíjas ügyvédi munka miatt ez egy

sokkal költségesebb perlés állami átvállalását jelenti, szemben a sokkal gyorsabban befejeződő és jogszabályilag rögzített, fix összegű ügyvédi munkadíjakkal folyó perlés hazájával, Németországgal. Ezért míg egy állami pénzen pereskedő félre az angol költségvetés 2120 fontot költött a '90-es évek elején, addig a németeknél ez - angol fontban számítva - csak 450 font nagyságú összeget tett ki (lásd Dannemann 1996:276).

Jelezni kell, hogy a németeknél színezi a képet a magánjogi perléseknél az állami jogsegélyre jogosultságot illetően az, hogy az elterjedt jogvédelmi biztosítások révén a perköltséget, benne az ügyvédi munkadíjat nagyon széles körben a biztosítók fizetik, így a joghoz jutás realizálását ezen az úton is segítik. Ennek kapcsán érdemes kitérni a németeknél az állami jogsegélyre jogosultságban való döntés menetére, mert ez túlmutat ezen az ügyön, és a per menetének egészét is sokszor nagymértékben befolyásolja. Ugyanis szemben Nagy-Britanniával és az Egyesült Államokkal, ahol a szociális hivatal illetékes vezetője dönt erről, a németeknél a per folyamán maga a bíró dönt ebben a kérdésben is, mintegy a per előkérdéseként. A polgári perrendtartás azonban a németeknél a rászorultság igazolása mellett attól is függővé teszi a per költségeinek állami átvállalását, hogy a per érdemében való pozitív döntés valószínűsíthető-e a kérelmező fél számára. Az engedélyező bíró ezért a kérelem beérkezése után a benyújtott iratok alapján megvizsgálja a pernyertesség valószínűségét. Ez az eljárás aztán azt a helyzetet hozta létre, hogy az okosabb perlő felek kérik a jogsegély engedélyezését, és így az ügy érdemében való későbbi döntésről nagyon gyors úton, amikor még nem merültek fel komolyabb perköltségek, támpontot kaphatnak. Ekkor kiszállni egy esélytelennek ígérkező perből, még kis perköltség mellett lehetséges, és emellett ez hozzájárul ilyenkor az egyezségkötésre való gyors áttéréshez is (lásd Dannemann 1996:285).

Ha a fejlettebb nyugati országokban a magánjogi perlésben a joghoz jutást segítő állami jogsegélyek teljes évi összegét összehasonlítjuk, akkor a következő képet kapjuk. Az Egyesült Államokban 1998-ban 600 millió dollárt költöttek a magánjogi perek alacsony jövedelmű perbeli feleinek támogatására, ez egy lakosra vetítve két és egynegyed dollárt tett ki. Németországban dupla ekkora volt az egy lakosra vetített állami jogsegély összege e perekben, Franciaországban szintén ugyanennyi. Hollandiában még ennek dupláját is meghaladta, és majd tíz dollár volt ez az összeg, végül az angoloknál még ennek két és félszeresét sem sajnálták e célra, és - szintén amerikai dollárban számolva - 25 dollárt tett ki az összes lakost tekintve az egy lakosra jutó, magánjogi perlésre kiadott költségvetési támogatás összege (lásd Comparative Statistics 2002). A világon a legbőkezűbb angol támogatás tehát több mint tízszerese az amerikaiakéhoz képest, de hogy érzékeljük az összeg nagyságát, érdemes említeni, hogy ha Magyarország a felsorolt országok közül a legalacsonyabb amerikai összegeket fordítaná erre, akkor a tízmillió lakosra a két és egynegyed dollár 22,5 milliót jelentene, forintban hat milliárdot.



Áttérve a magyar helyzetre, két intézményt kell kiemelni. Egyrészt a *pártfogó ügyvéd*, másrészt a *bírószági panasznap* intézményét. A pártfogó ügyvédet a polgári perekben a bíró rendeli ki a rászorult számára, ha valamelyik perbeli félnek nincs ügyvédje, és a bíró szükségesnek látja. Ez azt illeti meg, aki “kereseti, jövedelmi és vagyoni viszonyai folytán a perköltséget vagy annak egy részét fedezni nem tudja” (lásd a Pp 84.§ (1) bekezdését). A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy a teljes költségmentességet akkor kapja meg a kérelmező, ha a családjában az egy főre eső jövedelem nem haladja meg a létminimumot. Ezen túl néhány területen - pl. a munkajogi és a családjogi perek egy részénél - rászorultságtól függetlenül ún. tárgyi költségmentesség áll fenn. Sajnos nincsenek empirikus adatok még a hazai jogirodalomban arról, hogy milyen gyakori a pártfogó ügyvéd kirendelése, milyen hatékonysággal tevékenykednek ezek, mekkora költséget jelent ez az állami költségvetés számára. A pártfogó ügyvéd munkadíja még a kirendelt ügyvéd munkadíjánál is alacsonyabb volt az eddigiekben, és 1988-tól mostanáig polgári peres eljárásban a bíróság legfeljebb 1300 forintot állapíthatott meg erre, nemperes eljárásban pedig legfeljebb csak 400 forintot. Az új igazságügyi rendelet ezeket felemelte - szinte csak az infláció azóta végbement mértékét kompenzálva - kb. hatszorosára (lásd a 7/2002. (III. 30) IM rendeletet). Ez a szokásos ügyvédi munkadíjhoz képest továbbra is nagyon alacsony. Ez azt valószínűsíti, hogy erre is a fiatalabb és gyakorlatlanabb ügyvédek jelentkeznek ezután is, más ügyfélkör híján (lásd Nagy 2000b).

A *bírószági panasznap* a korábbi, állampárti időkből maradt vissza, amikor a bíró a felek és ügyvédek fölött állva közvetlenül az államhatalmat testesítette meg, és a polgári perben nemcsak a szokásos európai bíró aktivitásával rendelkezett, hanem a legszélesebb körben kitanítási kötelezettsége volt még az olyan felek részére is, akit ügyvéd képviselt. Mint a polgári jog fő letéteményesei, ekkor evidens módon merült fel, hogy a szabad idejükben a bírák segítsék a felek bírósághoz fordulását, és erre alakult ki a bírósági panasznap intézménye, amikor “a bíróság a szóban előterjesztett kérelmeket (költségmentesség iránti kérelem, keretlevél, panasz, feljelentés stb.) jegyzőkönyvbe foglalja, ha az ügy bírósági hatáskörbe tartozik” (Kengyel 2001:83). A bírói semleges döntési pozícióval nehezen fér össze, hogy a bírák mellékesen ilyen ügyvédi feladatokat is végezzenek, és például a bíró a saját maga által megfogalmazott keresetlevél ügyében pártatlanul döntsön, így a rendszerváltás után fel is merült, hogy ez sérti a bíróságok alkotmányos helyzetét, ám praktikus okokból - ti. ennek megszüntetése más intézmény híján csak még tovább rontotta volna a joghoz jutás esélyegyenlőségét – az alkotmánybírák az intézmény fenntartásáról döntöttek (lásd Kengyel 2001:83). Kengyel Miklós és egy általa vezetett team empirikus felmérése szerint az 1980-as években a peres felek mintegy 21%-a vette igénybe a bírósági panasznapot ingyenes jogsegélyként, de ügyvédi körökből származó információk szerint ma is jelentős mértékű a bírósági panasznapok igénybevétele. Igaz, ezek az információk azt is jelzik, hogy a heti néhány óras fogadónap alatt a bírósági fogalmazók a felkészülési idő minimuma mellett teljesítik ingyenesen a sorban állók jogi kéréseit, és ez nem hasonlítható össze a megfizetett

ügyvéd ilyen munkájával.

#### 4.4.3. Állami jogsegélyek a bírósági eljárásokon kívüli jogi tanácsadásban

A perléshez rászorultsági alapon nyújtott állami jogsegély már túl későn jön - vált elismertté az utóbbi évtizedekben a témával foglalkozók körében (lásd Kengyel Miklós elmélyült és kitűnő elemzését ehhez: Kengyel 1990:92-95). Egyrészt egy sor pert meg lehetne előzni, ha már a jogi tanácsadás szintjén megfelelő felvilágosítást kapnának a konfliktusba keveredett jogkeresők, másrészt a mai, komplex közigazgatási szférával átszőtt, modern társadalmakban egy sor jogi ügy eleve nem bíróságra tartozik, hanem más hatósági utakra, és a jogi előírások labirintusában való eligazodáshoz professzionális jogász segítsége szükséges itt is. Az ügyvédi praxis eléggé nagy része ma már eltolódott ebbe az irányba, és megfelelő jövedelem mellett mód nyílik ennek igénybevételére. A szegényebb társadalmi rétegekhez tartozók joghoz jutásban való esélyegyenlősége így itt is megköveteli az állami/jótekonysági jogsegély-formák kiépítését. A kontinentális európai országokban hosszú ideig csak a már megindult perekben építették ki az állami jogsegély-formákat, és csak az angol és az amerikai példák nyomán indult meg az 1970-es évektől ebben az irányban a nyitás.

A bíróságokon kívüli ingyenes jogi tanácsadás rendszere - eltérő modelleket kialakítva - történetileg első esetben Nagy-Britanniában és az Egyesült Államokban jött létre. Nagy-Britanniában 1949-ben hozták létre az alacsony jövedelműek segítésére a jogi tanácsért ügyvédhez fordulást biztosító állami támogatási rendszert ("Legal Aid and Advise Act"), melyet 1973-ban alaposan kiterjesztettek, és lényegében egy jövedelmi szint alatt mindenki folyamodhatott ettől kezdve támogatásért (lásd White 1979:139-149). Ez az összeg 1974-ben 25 angol font volt, de 1994-ben már átlag 88 fontot tett ki az egy-egy jogosult számára kiutalt támogatás (lásd Dannemann 1996). Jogi tanácsadás, iratok készítése, a barrister véleményének beszerzése egy jogi probléma perbeli esélyeiről stb. mind benne van ebben a jogsegélyben, és a solicitor-ügyvéd a kliensével kitöltetett jövedelembevallás nyomtatványával maga fordulhat az állami jogsegélyalaphoz az összeg lehívásáért. E rendszer kiterjedtségét mutatja, hogy 1994-ben valamivel több mint másfél millió ilyen jogi tanácsadási jogsegély-támogatást engedélyeztek Angliában és Wales-ben (lásd Dannemann 1996:283). A költségvetés számára ez 1994-ben 139 millió angol font kiadást jelentett (kb. 50 milliárd forintnak megfelelő ez az összeg). Ezt a jogsegélyi formát a Citizen Advice Bureau-k (Állampolgári Tanácsadó Hivatalok) rendszere egészíti ki, amely kb. 600 ilyen hivatalból áll Angliában és Wales-ben. Itt szintén az alacsony jövedelmű rétegek számára adnak jogi tanácsokat, és ki kell emelni, hogy nem ügyvédek dolgoznak ezekben, hanem jogi problémák terén tapasztalatokkal rendelkező más diplomások. Erre azért van itt

lehetőség, mert - szemben pl. Németországgal és Magyarországgal - Nagy-Britanniában nincs ügyvédi monopólium a jogi tanácsadás terén. E két rendszer mellett egy kiegészítő harmadikat a Jogi Központok ("Law Centers") hálózata jelenti a jogi tanácsadásban. Ezeket az 1970-es évek első felében a baloldali-kritikai mozgalmár jogászok hozták létre, és az akkori baloldali munkáspárti kormány erősen támogatta ezt a kezdeményezést. Ám ezután a konzervatív oldal került hosszú évekig kormányra, és noha a munkáspárti parlamenti többség még törvénybe is foglalta ennek intézményesítését, megakadt ezek terjeszkedése. De amúgy is jellemző volt a Law Center-ek működésére, hogy az egyedi jogi ügyeket inkább átfogó politikai ügyként kezelték, és lényegében a konzervatív kormányzat, illetve a helyi önkormányzatok politikai támadásait célozták működésükkel, vagyis inkább jogi ruhába öltöztetett politikai harci szervezetek voltak ezek, és kevésbé valódi semleges jogi tanácsadási szervezetek. (Lásd ennek bevallását a máskülönben velük szimpatizáló Richard H. H. White tanulmányában: White 1978:147-148).

Az Egyesült Államokban, a már jelzett szembenállás mentén, egyrészt a hagyományos ügyvédi munkát karitatív alapon vagy állami költségen nyújtó jogi tanácsadási jogsegélyi formák, másrészt a mozgalmi jogászat jogsegély-formái jöttek létre. Lényegében ugyanazok a formák, amelyek a magánjogi perlésben adnak ingyenes jogi képviselést, jelennek meg az ingyenes jogi tanácsadás terén is (lásd Knoppke-Wetzel 1978:196-205).

A kontinentális Európában az 1970-es években indultak meg az angol és az amerikai példák utánzására a törekvések. Németországban ezek nyomán 1981-ben vezették be a jogi tanácsadásra az állami támogatások rendszerét (lásd Dannemann 1996:283). Kezdetben csak néhány tízezer kérelmező volt erre, de a '90-es évek elejére már évi 240 ezer igénylőt mutattak a statisztikák, amelyből átlagban hat százalékot utasítottak el a jövedelemhatár túllépése miatt. Az angol másfél millió támogatotthoz képest ez elenyésző szám, különösen, ha ismerjük a németek erős perlési kedvén túl általában is a magas joghoz fordulási kedvet. A vélekedések szerint az alacsony kérelmezési szám oka a kiterjedt jogvédelmi biztosítási rendszerre vezethető vissza, amely keretében a biztosító néhány euró havi díjért vállalja a felmerült jogi költségeket, de emellett ok lehet az is, hogy kevésbé publikált ez a jogsegély-forma a közvélemény előtt, így nagyon sokan nem is tudnak róla (lásd Dannemann 1996:283).

A franciáknál a bírósági eljárásokon kívüli, államilag támogatott jogsegély-formák 1990-től kerültek bevezetésre. Egy meghatározott jövedelemszintig kapják meg az igénylők az állami támogatásra az engedélyt, és ezzel fordulhatnak az ügyvédi piacon a jogi tanácsadásért. Az összeg azonban alacsonyabb az ügyvédi piacon kialakult tarifáknál, így ez feszültségeket okozott (lásd a 2001. évi "Projet de loi relatif à l'accès au droit et à la justice" interneten levő indokolását). Ezért az 1998-ban elfogadott törvénymódosítás emelte a jövedelemhatárt, amelyig igénybe lehet ezt venni, másrészt a magasabb ügyvédi tarifákhoz igyekezett közelíteni a

támogatások összegét. Ettől kezdve a lakosság kb. 20%-a vált jogosulttá erre az állami jogsegély-formára, de 2001-ben egy, ezt tovább emelni szándékozó törvényjavaslat 40%-ot célzott meg. (Sajnos, nincs információnk a törvényjavaslat további sorsáról.)

Magyarországra áttérve azzal kell kezdeni, hogy az 1970-es évektől indulóan az akkori államosított szakszervezetek keretén belül kifejlődött egy széleskörű ingyenes jogi tanácsadási szolgálat, de mivel ez együtt járt az akkori politika által nyomás alatt tartott ügyvédség félreszorításával, a rendszerváltás alatt mint a “múlt rendszer örökségét” felszámolták (lásd ennek opponálását már akkor: Kengyel 1990:92-95). Így ma állami jogsegély-forma a bírósági pereken belüli jogsegély (kirendelt védő, pártfogó ügyvéd) mellett nem létezik, noha a 2002 májusában kormányra került szocialista körökből jelent meg korábban törekvés az átfogó állami jogsegély-rendszer kiépítésére (lásd Vastagh Pál sajtótájékoztatójáról készült tudósítást: Jogi Fórum 2001). Említeni kell persze azt is, hogy a két új koalíciós kormánypárt, a szocialisták és a szabaddemokraták az eddigi törekvéseikből levonhatóan egymás között reprodukálják ezen a téren azt a szembenállást, amit az Egyesült Államokban és Nagy-Britanniában már jeleztünk a hagyományos ügyvédi formák és a mozgalmi jogászat jogsegély formái között. A hazai jogéletben ezt a szembenállást már láthattuk a szakszervezeti jogsegély és jogi tanácsadási formák és a Soros Alapítvány bázisán szerveződő formák között. Így nyitott még, hogy melyik irányba megy tovább 2002 után ezen a téren a fejlődés.

## 5. Az amerikai kártérítési expanzió jogszociológiai elemzése

Los Angeles-ben 1999 nyarán egy bíróság ötmilliárd dollár kártérítés megfizetésére kötelezte az egyik legnagyobb amerikai vállalatot, a General Motors-t, mert miután a tartálykocsijába belerohant egy személygépkocsi, a tartálykocsi felrobbant és súlyos sérüléseket okozott a gépjármű utasainak (Schmitz 2000:95). Ez az éves magyar társadalmi össztermék több mint tíz százaléka, és az ilyen és az ehhez hasonló kártérítési összegek hallatán - melyek az 1960-as évek végétől kezdtek elterjedni az amerikai kártérítési gyakorlatban a korábbi szolidabb mértékek után - rendszerint elszörnyednek az európai országok jogászai. Nézzük meg először röviden, hogy milyen jogdogmatikai átalakítások merültek fel a kártérítési expanzió folyamán, aztán a változás mögötti jogszociológiai okokat-ösztönzőket és kihatásokat vegyük szemügyre.

### 5.1. Az amerikai kártérítési jog és ennek átalakulása

A római jogi fogalmi disztinkciókból és kategóriákból kinövő európai kontinentális

jogokban a kártérítési jog precízen elválasztva a büntetőjogtól, az okozott károk megtérítésére, kompenzálására irányul, és így helyre akarja hozni – legalábbis pénzbeli ellenérték szintjén - a károkozás előtti állapotot. A károkozó visszatartását a jövőbeli károkozástól ez a kártérítési jog nem veszi fel céljai közé, legfeljebb közvetett hatásként számol vele. A kontinentális európai országok jogrendszereiben a büntetőjog lép be saját eljárásával és szankcióival, ha az elrettentési cél fontos egy cselekvés jövőbeli megelőzése érdekében. Ezzel szemben a pragmatikusan fejlődő angol common law-ban és az ebből kinövő jogban az Egyesült Államokban a magánjognak és a büntetőjognak ez az éles fogalmi elválasztása - az absztrakt fogalmaktól és disztinkcióktól való tartózkodás miatt - nem volt iránymutató. Így, amikor az eseti károkozások bírói tárgyalásánál a szokásosnál felháborítóbbnak találták a kárt okozó cselekmény körülményeit, a kompenzáló-megtérítő kártérítés mellett egy büntető kártérítést is megítéltek. (Ennek történeti kifejlődésére az angol jogban a XVIII. században lásd Lábady Tamás informatív tanulmányát: Lábady 1994:69-95).

A “punitive damages”, a büntető kártérítés azonban az Egyesült Államokban futott be igazi karriert, és különösen az 1960-as évektől borzolja a világ jogászainak kedélyeit a sokszor felfoghatatlan összegekben kiszabott itteni kártérítések. Jogdogmatikailag tisztázódott itt már az 1800-as évek folyamán, hogy míg a hanyagság (negligence) mellett okozott károkért csak kompenzáló kártérítés szabható ki, addig a vakmerő gondatlanság (reckless) vagy szándékos károkozás (deliberation) esetén ezenfelül még büntető kártérítés is megítélhető a károkozóval szemben (Lábady 1994:96-1120, Schmitz 2000:94-99). Ennek célja deklaráltan az, hogy elrettentse a károkozót a jövőben a hasonló cselekedetektől, de kevésbé hangsúlyozottan van egy másik cél is e jogintézmény mögött. Ugyanis ha csak elrettenteni akarna a jog, akkor a szabálysértési bírság vagy a büntetőjogi pénzbüntetés útján is el lehetne jutni ehhez - és az európai kontinentális jogrendszerek ezt az utat járják rendszerint. A magánjogba beépített “privát büntetőjognak” azonban van egy további hatása is. Azáltal, hogy a károsult a kompenzáló kártérítés mellett a büntető kártérítésből is kap egy tekintélyes részt, jobban ösztönzi a károkozó felkutatására és bíróság elé állítására. Az állami embert az állami költségvetésbe befolyó bírság soha nem fogja úgy ösztönözni a károkozó felkutatására, mint a magánembert (és ügyvédjét!) a saját zsebébe befolyó és a tényleges - esetleg kis összegű - kárát alaposan meghaladó büntető kártérítés (Friedman 1999).

Összességében tehát a magánjogba telepített büntető kártérítés hatékonyabban felkutatja és szankcionálja a szándékos károkozót, mintha ugyanilyen összeggel szabálysértési bírsággal vagy büntetőjogi úton pénzbírsággal igyekeznénk ezt elérni. Ám másik oldalról és más jogi érdeket nézve aggályos ez a common law-beli megoldás. Az eljárásjogi garanciák szempontjából ugyanis ebben a magánjogiasított, büntető célzatú perben a polgári perrendtartás lazább szabályai az irányadók, és nem a büntetőeljárás sok-sok garanciát kiépített megoldásai (lásd

Lábady 1994:111). A büntető kártérítés csillagászati összegei a nagy, tőkeerős vállalatokat is megroppanthatják, a vezető tisztviselők egész hadát egy életre megfoszthatja további karrier-lehetőségeiktől. És mindezt a magánjog általános formulái és nem a büntetőjog elvek (ártatlanság véelme, “nulla poena sine lege”, “nullum crimen sine lege” stb.) garanciái, illetve pontos büntetőjogi tényállások és ezek bizonyításai alapján.

Mindezek ellenére az Egyesült Államokban nagy jelentőségre tett szert a “büntető kártérítés” intézménye, és miközben az eredeti szülőházájában, Angliában inkább elsorvadt ez az 1900-as évekre, addig az USA-ban robbanásszerű expanzió figyelhető meg a kártérítések és különösen a büntető kártérítés terén. Peter Huber 1988-ban egy nagy hatást kiváltó monográfiában “jogi forradalomnak” nevezte az 1960-tól itt lejátszódó kártérítési expanziót, a társadalmi-gazdasági kihatásokat elemezve (Lásd Huber 1988, Huber/Litan 1999). Nézzük meg először, hogy miben állt ez az expanzió a jogdogmatikai változások szintjén, majd jogszociológiai síkon ennek kiváltó okait és hatásait vizsgáljuk meg.

Jogdogmatikai szinten hét pontban foglalhatjuk össze a legfontosabb változásokat (lásd McClendon 1990, Armstrong 1990, Huber/Litan 1999).

1. Az 1960-as évektől az USA-ban az alkotmányos alapjogok absztrakt formulái benyomultak a bírói ítélkezésbe, és az esetre szabott precedensek és pontos törvényi szabályok helyett az átfogó normatív támpontokon nyugvó ítélkezési stílus felé ösztönözték a bírakat. (“A jó bíró általános elvek alapján dönt, és nem ‘black-letter’ (betűragó) jogász!”). Ez a folyamat felerősítette az egyes jogterületeken a konkrét szabályok felülbírlását általános elvekre és morális szempontokra hivatkozva. Ami tényleges hatását tekintve sokszor csak azt jelenti, hogy a szabályokba rejtett morális értékelések helyett más morális értékeket helyez előtérbe a bíró...
2. Ebben a szellemi légkörben vált lehetővé, hogy a bírák egy része a szerződési jog szabályait félretolva kezdte felülbírálni a felek megállapodását arra hivatkozva, hogy az egyik fél az erőfölényét használta ki, vagy hogy nem volt elegendő információ birtokában az egyik fél stb., és ez “lelkiismeretlenséget” alapoz meg a felek egyikénél. Vagy egyszerűen csak azzal indokolták a szerződés felülbírlását, hogy annak a korrigált része ellenkezik a vonatkozó jogszabály jogpolitikai céljaival (Kessler 1997). Ilyen általános morális érvekre és általános jogi célokra hivatkozva az 1960-as évek elejétől alapvetően eltérő súlypontokat hoztak létre az amerikai magánjogban a korábbi szabályozás helyett.
3. A jogelvek előtérbe vonása a konkrét jogi rendelkezések helyett az ítélkezés folyamán azt hozta létre, hogy míg korábban a szerződési jog uralta a magánjogot, és a kártérítési jog (law of torts) csak kiegészítőleg lépett be, ha

előzetes kapcsolat nélküli felek között jött létre egy baleset, addig most egyre inkább a kártérítési jog vált központi jelentőségűvé az egész magánjogban, és a szerződési jog háttérbe szorult (Huber/Litan 1999).

4. A kártérítési jog nemcsak a középpontba nyomult, de a kártérítés jogi feltételei is alapvetően megváltoztak. Az egyik ilyen változás a vétkesség fokának csökkenésében, illetve ennek teljes eltűnésében állt, és a vétkességen alapuló kártérítés helyett egyre szélesebb körben az objektív felelősség (strict liability) lépett. (Ennek korai szakaszát elemezte Sólyom László kitűnő munkájában az 1970-es évek közepén, lásd: Sólyom 1977). Míg korábban ez a felelősségi forma csak a fokozott veszéllyel járó tevékenységeknél volt élő (pl. valaki robbanóanyagokat gyártó üzemet működtetett, vagy vadállatokat tartott a házában), addig most egyre inkább minden tevékenységűzés esetén ezt kezdték alkalmazni. Ha valakinek egy terméke, dolga másnak kárt okozott, elég volt most már csak az okozatiságot bizonyítani, a hanyagság bizonyítása már lényegtelenre vált.
5. De nemcsak a vétkességtől kezdtek eltekinteni - legalábbis a kompenzáló kártérítésnél, mert mint láttuk, a büntető kártérítés megítéléséhez ezenfelül a vétkesség magasabb fokai szükségesek -, hanem a közrehatás foka is közömbössé vált. Ha valamilyen fokban kimutatható volt valaki cselekvésének az okozatisága egy károkozó esemény létrejöttében, az teljes mértékben is viselheti a változás óta az okozott károkat, ha az ő anyagi helyzete teszi lehetővé azt. Példaként említeni lehet azt az esetet, amikor egy ittas vezető behajtott gépkocsijával egy járda szélén álló telefonfülkébe, és a benne telefonáló súlyosan megsérült. Mivel a telefonfülke úttesthez való közelsége is hozzájárult okozatilag a károkozáshoz, a telefontársaság fizette ki a horribilis kártérítési összeget. Az ittas vezető anyagi helyzete ugyanis ezt nem tette volna lehetővé, ám a megsérült telefonáló ezért nem eshetett el az őt megillető összegtől: fizessen tehát a telefontársaság, döntött a bíróság (McClendon 1990).
6. Jelentősen bővült a felelősségi forradalom alatt a balesetek esetén számba jöhető következmények köre is. Korábban a balesetek utáni kártérítésnél csupán a vagyoni tárgyak sérülését és a fizikai sérüléseket, illetve ezek vagyoni következményeit, (pl. az emiatti jövedelem-kiesést) vették alapul. A felelősség bővülésével egyre inkább bejöttek a pszichikai jellegű sérelmek is a képbe, és itt egyrészt a bizonyíthatóság, másrészt a kiszabható kártérítési összeg nagysága is nagymértékben szubjektívvá vált. És a pszichikai jellegű károkért beterjesztett igények radikálisan megnöttek az elmúlt évtizedek kártérítési igényei között az USA-ban, az 1990-es évek végén már az összes igény 40%-át tették ki (Huber-Pitan 1999). Példa lehet erre az az eset, amikor egy autóbalesetben egy középkorú hölgy volt a sértett a másik gépkocsi hibájából, ám a kocsiból kiszállva megkönnyebbülten lélegzett fel a vétkes kocsi vezetője, mert semmilyen sérülés nem látszott a sértetten, és nem is jelzett ilyen panaszokat a

hölgy. Ám néhány nap múlva jelezte a hölgy ügyvédje a vétkes kocsi vezetőjének, hogy a hölgnél a baleset következtében feléledtek azok a pszichikai panaszok, amelyeket kislány korában a vele való, a családon belüli szexuális visszaélés miatt szerzett, és most ezek elviselhetetlenek számára, így nagy összegű kártérítést kér (Kessler 1997:11). Az esküdtek előtt egy ilyen megrázó történet előadása semmi esélyt nem ad a kártérítés alóli mentességre, még ha ennek tényleges bizonyítása lehetetlen is. (A bírói szubjektivitásra a nemvagyoni kártérítés kapcsán általában is lásd Horeczky Károly kritikáját: Horeczky 1996:13-16).

7. Egy következő változást jelentett a kártérítési jog területén a “kifejezett figyelmeztetés” elégtelenné nyilvánítása. Amikor elkezdődött a '60-as évek elején a “felelősségi forradalom”, az első hullámban megindult a termékek legkülönbözőbb veszélyeire való figyelemfelhívás elterjedése. Figyelmeztető használati utasítások tömege terjedt el minden terméknél a jövőbeli esetleges kártérítési perek és elítélések kivédésére. Az aktivizálódó bíróságok azonban az 1980-as évektől egyre kevésbé fogadják el kimentésként a kifejezett figyelmeztetések meglétét. Indok: a fogyasztónak nincs elég háttér-információja ahhoz, hogy megértse a figyelmeztetést. Tehát fizessen a termék létrehozója, eladója stb. (Huber/Pitan 1999). E mögött az a megfontolás, hogy a vállalatok ne figyelmeztessenek, és ezzel előre mossák kezeiket, hanem inkább eleve iktassák ki a veszélyeket a termékeikből.
8. Egy következő változást a kártérítési eljárásban az jelentette, hogy az esküdtszék szerepe és mérlegelési szabadsága felfokozódott az USA-ban. Míg Angliában az 1900-as évek elejétől háttérbe szorult az esküdtek szerepe, mivel a bíró szabadon dönti el - néhány kivételtől eltekintve - hogy szükségesnek lát-e esküdtszék az adott ügyben, addig az Egyesült Államokban fokozódott az esküdtek kötelező jelenléte a büntetőügyeken túl a legkülönbözőbb magánjogi perekben is. De a bíró jogfelvilágosító instrukciói mellett tárgult is az esküdtek döntési szabadsága. Bonyolult technikai és biztonsági kérdésekben ők döntenek arról, hogy megítélhető-e az adott ügyben a kártérítés, ezenfelül a büntető kártérítés, illetve az összegről is ők döntenek (Schmitz 2000, McCarter 1993).

A kártérítési jog dogmatikai és eljárási kérdéseiben ezek voltak a legfontosabb változások, amelyek létrehozták a kártérítési expanziót. Most nézzük meg, hogy milyen okok ösztönözték ezt az expanziót, és milyen társadalmi-gazdasági hatásokat hozott ez magával!

## 5.2. A kártérítési expanzió ösztönzői és tényleges hatásai

A kártérítési expanzió ösztönzőinek megértéséhez nélkülözhetetlen annak kiemelése, hogy ennek révén rendszerint a személytelen nagyvállalatok és nagy



intézmények felelőssége fokozódott fel. Az emberek életét mind sokrétűbben e nagy szervezetek termékei, szolgáltatásai határozzák meg, és ezek felé a hagyományosan természetes személyekre szabott bírságok, motivációk, elrettentések csak kis mértékben tudtak hatni. Példa lehet erre a Massengill Company egy új gyógyszerének hatása 1937-ben, amikor a minden előzetes állatkísérletek nélkül piacra dobott gyógyszertől rövid idő alatt száz ember halt meg. A kor szabályai szerint akkor még nem volt kötelező a gyógyszerek előzetes kipróbálása állatokon, így a vállalat őszinte sajnálatát fejezte ki az áldozatok hozzátartozóinak, és ennyiben maradtak (Fumento 1990:3).

A kiinduló probléma tehát az volt, hogy a nagy személytelen szervezetek nem képesek reagálni, tevékenységüket átalakítani a természetes személyeknél megszokott ösztönzők és belátások hatására, és a tőkeerős vagyoni háttérük, sok milliós-milliárdos termelési folyamataik kisebb összegekre érzéketlenek maradnak, ha kártérítésre, büntetésre kerül sor. Erre további példa a már említett General Motors tartálykocsi-állományának esete. Egy belső tanulmány feltárta a General Motors vezetői számára, hogy a közúti forgalomban résztvevő tartálykocsik robbanásveszélyesek, és ennek lényeges csökkentése csak alapvető átalakításokkal és új kocsiparkkal lehetséges. Az említett tanulmány azonban kimutatta azt is, hogy évi 500 ütközéssel számolva - az addigi tapasztalatok szerint - 200 ezer dollár tényleges kártérítést kellett évenként kifizetni, és ez kocsinként alig néhány száz dollárt tesz ki. Következésképpen nincs értelme vállalni a kocsipark gyökeres átalakítását és ennek sok-százmilliós költségét (McClellod 1990:4). Ez volt az a pont, amikor az esküdtek elszörnyedtek a hideg kalkuláción és a balesetek valószínűségének előrelátása ellenére a tudatosan vállalt kockázattól, és kiszabták az ötmilliárd dolláros büntető kártérítést.

Az ösztönzés tehát nemes volt, reális gyakorlati problémákat igyekeztek megoldani a kártérítési expanzió hajtóerői, az aktivista bírák, jogászprofesszorok (teóriákat és doktrínákat kidolgozva az expanzió alátámasztására) és ügyvédek. Nézzük meg, hogy milyen tényleges hatások jöttek létre ennek révén az elmúlt évtizedekben!

**(A defenzív gyógyászat kialakulása)** Az orvosi tevékenységben a gondosság és a kockázatok minimálisra szorítása az élet és az egészség legkényesebb kérdéseit érinti. Itt az esetlegesen bekövetkező halál vagy más súlyos egészségi károsodás sokszor felveti a beteg és hozzátartozói körében, hogy mennyiben volt ez szükségyszerű, vagy ezzel szemben mennyiben volt ez az orvos és a kórház hanyagságának a következménye? A kártérítési expanzió a horribilis összegekkel - és ebből tekintélyes rész az ügyvédekkel és az ügyvédek honorárium összegeként - szükségyszerűen előtérbe hozta a műhibapereket. Az orvosi tudás az orvosi körök monopóliuma, és az egy-egy betegség gyógyításához szükséges és lehetséges terápiák szintén csak e zárt professzió tagjai körében megítélhetők. Továbbá látni kell, hogy sok hasznos terápia, gyógyszer, még ha az esetek döntő többségében esetleg életmentő hatású is, az esetek néhány százalékában tudott módon veszéllyel,

esetleg halálos eredménnyel járhat, ám egy-egy konkrét esetben nem dönthető előre, hogy az előbbibe vagy az utóbbiba tartozik-e majd. Ezt tudva az orvosi szakmai körökön belül a sikertelen beavatkozások és terápiák vonatkozásában van egy beépített tolerancia a kollégákkal szemben, különösen ha súlyos, sűrűn halálos következménnyel járó betegségről van szó. “Az operáció kiválóan sikerült, kár, hogy a beteg meghalt!” - mondja az elégedett orvosprofesszor, és az efféle, a fekete humorba tartozó mondások ezt a beállítódást fejezik ki.

A műhibaperek száma a sokszorosára nőtt az Egyesült Államokban a kártérítési expanzió menetében, és ez sok szempontból ténylegesen is növelte a gyógyítási tevékenység hatékonyságát. Egy itthon évekig egyetemi klinikán dolgozó orvos ismerősöm mondta el tapasztalatként, miután tartósan az Egyesült Államokban dolgozott, hogy míg itthon a szívbetegek, rákos betegek halálát természetes egyszerűséggel veszik tudomásul a kórházakban, klinikákon - “hisz ezek halálos betegségek!” -, addig ez a beállítódás teljesen hiányzik a kinti intézményekben, és az utolsó percekig bevetik a rendelkezésre álló gyógymódokat.

A kártérítési expanziónak és a műhibaperek következményeinek ez a “szép” oldala, de az itteni túlhajtások miatt egy sor negatív hatás is kimutatható. Ezeket szokták összefoglalóan a “defenzív gyógyászat” elterjedésének nevezni. Jelenti ez egyrészt azt, hogy egy sor olyan terápiát, gyógyszert, amelyek ugyan az esetek döntő többségében gyógyító, esetleg életmentő hatásúak, egyszerűen megtiltanak alkalmazni a kórházak, klinikák, mert a mellékhatásaik miatti esetleges jövőbeli perléseket - melyek akár egy-két pervesztés esetén is a csődbe vihetik a kórházat - egyszerűen nem merik vállalni (Amstrong 1990). Az ottani Országos Rákkutató Intézet igazgatója mondta egy interjúban az 1980-as évek végén, hogy sok orvos nyíltan megtagadja azt, hogy elegendő mennyiségű dózist írjon fel a kemoterápiás kezelésből a betegnek, mert ezen az elégséges szinten már olyan mellékhatások is megjelenhetnek, amelyekért ők nem merik felvállalni az esetleges pereket, és ezért évente sok száz beteg hal meg értelmetlenül, mert a megfelelő mennyiségű dózis, a mellékhatásokkal együtt is, megmentené az életüket (Fumento 1990:3). A defenzív gyógyászatnak ez az oldala tehát a gyógymódok alkalmazásának erős visszafogásában áll, és ezek a döntések a gyógyító hatás ellenére jönnek létre, és a kártérítési szempontok által ösztönözöttek. Egy másik oldalát ennek a gyógyászatnak ezzel szemben a diagnosztizáláshoz szükséges vizsgálatok ésszerűtlen felduzzasztása jelenti. Ezek nagy részére semmi szükség a beteg tényleges gyógyulása és a pontos diagnózis szempontjából, és csak jogi prevenciók célokat szolgálnak. Ha a sok száz betegből akár egy is perelni fog a mellékhatások miatt, ezek a vizsgálatok fontos perlési háttérrel biztosítanak a kártérítésekkel szemben. Ennek révén szükségtelenül többszörösi nőnek a betegek gyógyítási költségei, mert a méregdrága vizsgálatok messze meghaladják a tényleges kezelés költségeit. Davis P. Kessler végzett egy összehasonlító vizsgálatot az idős szívbetegek vonatkozásában olyan USA-beli tagállamok, ahol nem növelték a felelősség mértékét, és más, ezt megvalósító tagállamok között, és az utóbbiak

nagyságrendileg magasabb költségek ellenére nem talált jobb halálozási arányt ezeknél (Kessler 1997:12).

**(A felelősségi adó kialakulása)** A vétkesség nélküli felelősség általánossá válása, a károkozásban való okozatiság kiterjesztett értelmezése és a többi jogdogmatikai változtatás minden - termelő, szolgáltató - szervezetet a jogi következmények kivédésére és pénzbeli következményeinek áthárítására kényszerít. Ez az összes szolgáltatás és termék árába egy “felelősségi adó” bekalkulálását teszi kényszerítővé. A rendszeressé váló perlések, a kiterjesztett felelősség és a horribilis kártérítési összegek - ha a vállalat egyáltalán túléli – mint költségek kényszerűen beépülnek a jövőbeli termékek és szolgáltatások árába. A “felelősségi adó” másik összetevője az égbe szökő biztosítási díjakból adódik, melyek - a horribilis kártérítések átvállalásának nagy kockázata miatt - megsokszorozódtak a felelősségi forradalom évtizedei alatt. Különösen veszélyesnek minősített termékek esetén, amelyeknél a kiszabott kártérítések százmilliókat vagy akár milliárdokat is jelenthetnek a bírói gyakorlat szerint, mint például egy gyermekeknek szóló új oltóanyag előállítás, a termék árának 95%-át is elérheti a beépített felelősségi adó (Anderson 1991:5). De ugyanígy a szállodák üzemeltetése, éttermek fenntartása, autóparkolók stb. működtetése tekintélyes részben ilyen “felelősségi adó” kirovását kívánja meg a fenntartók részéről, és ez komoly mértékben megemeli az itteni árakat.

Súlyosbítja a felelősségi adó működését, hogy míg ezt mindenkinek egyformán kell fizetni, aki igénybe veszi ezeket a terméket és szolgáltatásokat, addig a kártérítési összegekből nem egyenlően részesednek a társadalom alsóbb és felsőbb rétegeinek tagjai. A felelősségi adót ugyan jórészt a kifizetett magas kártérítési összegek miatt építik be a termékek és szolgáltatások árába, ám míg egy vállalati menedzser kártérítése kiesett a jövedelme miatt több millió dollár lehet, addig egy szállodaportásé vagy egy taxisofőré néhány ezer. Vagyis ez nem egy “progresszív adó”: mindenki egyformán viseli, de a bekövetkezett kártérítési felelősség kedvezményezett pozíciójába kerülve már nem egyformán profitálnak belőle (Huber/Pitan 1999).

**(Az innovációs képesség csökkenése)** A magas jogi kockázat elriaszt az új termékek, technológiák bevezetésétől, mert bevett és kipróbált termékek, technológiák esetén a perlési kilátások mindig kedvezőbbek. Erre ösztönöz az is, hogy a biztosítási díjak nemcsak az égbe szöktek a kártérítési kockázat miatt, hanem bizonyos, különösen kockázatos tevékenységnél, mint például a repülőgépgyártás, nem is vállalják kockázatosnak vélt új termékek technológiáinak biztosítását (Anderson 1993, Huber/Pitan 1999). Ebből adódik, hogy sok-sok szabadalmazott találmány, gyógyszer, hatóanyag stb. egyszerűen gyakorlati alkalmazás nélkül marad. Az innovatív képesség korábbi magas foka, amely a piaci konkurencia-viszonyok extrém kiterjesztéséből eredt az Egyesült Államokban, csökkenni kezdett a kártérítési expanzió folyamán. És már itt jelezni kell, hogy az 1990-es évek elejétől

teret nyert politikai szembefordulás ezzel az expanzióval az USA-ban sok szempontból ennek belátásából kapta az ösztönzéseket.

**(A termelékenységi hatékonyság csökkenése)** Nemzeti méreteken a kártérítési expanzió óriásivá növelte az évente erre kiadott összegeket, és az 1980-as évek második felére évi 80 milliárd dollárt, az 1990-es évek végére évi 120 milliárd dollárt tett ki a kifizetett kártérítések összege (Huber/Pitan 1999). Ennek az összegnek több mint a fele az ügyvédek jövedelmét növeli, és több tízezer ügyvédi iroda mint a „legfizetősebb” jogi tevékenységre szakosodott erre. Sok törvényhozási tervet a kártérítési expanzió fékezésére a tagállami törvényhozásokban és a szövetségi kongresszusban kimutathatóan a befolyásos ügyvédi lobbik torpedóztak meg (Lásd Fumento 1993, Kessler 1997). Davis P. Kessler összehasonlításából kitűnt, hogy a kártérítésre érzékeny szektorokban, mint például a szállodaiparban, az Egyesült Államoknak azon tagállamaiban, ahol magas maradt a felelősség mértéke stagnált vagy csökkent a szállodaipar és más kártérítés-érzékeny szektorok teljesítménye, ám ahol radikálisan sikerült visszafogni törvényhozási belenyúlással a „felelősségi forradalmat”, ott öt-tíz százalékkal magasabb évi teljesítményt profitáltak. Összességében az egész társadalmi termékre vetítve Kessler 1,5 és 2% körülire tette a kártérítési expanzió miatti teljesítmény-visszatartás mértékét (Kessler 1997:8), és ez már nemzetközi összehasonlításban is komoly versenyhátrányt jelent az Egyesült Államok számára.

## 6. A jogi eszmék szociológiája

Az egyes jogi eszmék és a különböző jogkoncepciók létrehozása meghatározott tudósokhoz és tudósközösségekhez kötődik, de szélesebb körben való elterjedtségük, egy-egy ország jogrendszerében való domináns szerepük vagy ezzel szemben marginális, „csak akadémiai” létük sok szempontból társadalmi-politikai okok által meghatározott. Ebben a fejezetben ezt a kérdéskört kívánjuk elemezni. Először szemügyre veszünk néhány általános kérdést a jogi eszmék társadalmi-politikai meghatározottságának terén, majd a fejezet második részében a természetjogi eszme utóbbi évtizedekben végbement „reaktiválása” folyamán ható okok kerülnek elemzésre.

### 6.1. A jogi eszmék szociológiai háttere

A probléma exponálására érdemesnek tűnik Max Weber egy megállapítását idézni, aki a német polgári törvénykönyv kodifikálása utáni jogászai lázadásként magyarázta

a hirtelen felbukkanó és ideiglenesen nagy hatást elért bírói szabad jogtalálást hirdető szabadjogi iskola sikerét: “A modern joggyakorlat résztvevői kínosnak érezték azt a helyzetet, amely paragrafusok és szerződések pusztá értelmezésére kárhoztatott jogi automatává alacsonyítja őket - fönt bedobják a tényállást és a költséget, mire az automata lent kiköpi indoklással együtt az ítéletet -, és ez a helyzet a törvényesen kodifikált formális jog egyetemessé válásával éppen hogy egyre kínosabb lett. (...) A “szabadjogi” doktrína annak bizonyítására vállalkozik, hogy a tények irracionálisával szemben minden törvény eleve kudarcra van ítélve, hogy tehát a döntések számos esetben nem formális normákat, hanem konkrét értékeket mérlegelnek - és azokat is kell mérlegelniük -, és így úgyszólván csak látszat, hogy pusztán értelmezést alkalmaznak” (Weber 1995:2/2:189).

Egy jogi koncepció térnyerését és egy másik jogi eszme háttérbe szorulását tehát nemcsak az eszme, a jogkoncepció belső minősége, logikai koherenciája - illetve fordított esetben ennek gyenge minősége - határozza meg, hanem átfogóbb társadalmi-politikai erőviszonyok és az itteni küzdelmek is szerepet játszanak ebben. Ennek elismerése persze nem jelenthet csatlakozást azokhoz a neomarxi jogelméletekhez, melyek a jogi élet és a jogi eszmék minden rezdülését a társadalmi-politikai osztályharcokra vezetik vissza. (Lásd például az amerikai “critical legal studies” irányzat néhány szerzőjét erre az eltúlzásra: Kayris 1989). A társadalom általános funkcionális követelményeiből fakadó kényszerek, melyek különösen a magasabb komplexitás elérése után válnak dominánssá a belső politikai harcokból eredő partikulárisabb érdekpozíciók felett, szintén meghatározzák a jog belső működését és a különböző jogkoncepciók rivalizálásának kimenetelét. Vagyis a társadalom kettős struktúrája - az intézményi-funkcionális mechanizmusok egyrészt, és a társadalom embercsoportjainak tagoltsága másrészt - együttesen jelenik meg a jog működésének meghatározásában. Ráadásul a társadalmi komplexitás növekedésével és az átfogó világtársadalom keretei közé kerülő össztársadalmi rendszer kialakulásával *egyre inkább az intézményi-funkcionális mechanizmusok dominálnak az embercsoport-struktúrák - és harcaik - felett* (lásd részletesen Pokol 1999:83-106).

Mindezek ellenére a társadalmi embercsoportok küzdelmei, most már akár átfogóbb globális szinten szerveződve, és kevésbé csak az egyes nemzeti társadalmak belsejében, fontosak a jog és a jogi eszmék térnyerésének, illetve fordított esetben háttérbe szorulásának megértéséhez.

Kiválóan mutatja ezt a problémát Eugen Ehrlich jogszociológiai koncepciójának eltérő sorsa Európában és az Egyesült Államokban. Ehrlich az 1913-ban megjelent jogszociológiai főművében - mint azt a bevezető fejezetben már láthattuk - az állami törvényhozással változtatható jogot támadta, és ehelyett a társadalmi csoportokon belüli spontán szokásjog-képződést favorizálta, másik irányban pedig a jognak a jogdogmatikai fogalmi rendszerhez való kötöttségét igyekezett háttérbe szorítani. A mű megjelenése után néhány tudományos vitán és szakirodalmi

reflexión túl a szélesebb jogéletben minden hatás nélkül maradt Ehrlich jogfelfogása az európai országokban. Ezzel szemben az Egyesült Államokban, amikor az 1930-as években megjelent itt az angol fordítása, elementáris erővel hatottak Ehrlich nézetei, és az ebben az időben az egyetemi jogi karokon túl az átfogóbb jogi életben is domináns erővé váló "jogi realisták" mint a korszak egyik legnagyobb jogtudósát ünnepelték Ehrlich-et. Ez a meghökkentő hatás-különbség pedig egyértelműen a domináns társadalmi csoportokon belüli politikai erőviszonyok eltérő konstellációjából fakadt, egyrészt az európai országokban, másrészt az Egyesült Államokban. Az előbbiekben a jog felett, száz évekre visszamenőleg, döntő mértékben a bírák rendelkeztek - számarányukat és pervezetési szerepüket illetően is nagy helyet elfoglalva a jogászságon belül -, illetve a jog fogalmi rendszerét meghatározó egyetemi jogászprofesszorok. E jogászcsoporthoz tartoztak a társadalmilag domináns mezőgazdasági és ipari tőkéscsoportok és a körükbe települt szellemi csoportok közül származtak, és belesimultak jogász tevékenységükben ezek világképébe. A felerősödő törvényhozási és kodifikálási tevékenység ugyan hozott létre rivalizálásokat a jogászságon belül - erre utalt Weber az előbb idézett elemzésében -, de ez csak árnyalta az uralkodó rétegek hatalomgyakorlását, például erőteljesebb szociális árnyalat megjelenésével a törvényhozásban az alsóbb osztályok politikai szerveződéseinek pacifikálására. Ebben a légkörben nem lehetett hatásosan megkérdőjelezni a törvényhozást és a jogdogmatikai rendszeren nyugvó jog eszméjét, és propagálni a jog mikrofolyamataiban és a széles társadalom minden éréseiben képződő jog eszméjét. Ehrlich – ahogy utána húsz év múlva a magyar Horváth Barna is a hazai jogéletben - az európai országok jogi életében csak kis csoportokra hathatott. Az Egyesült Államokban azonban más volt a helyzet. Itt a perek alakításában az aktív ügyvédi és a passzív bírói szerep mellett a jogászság egészében is a nagy tömegű ügyvédség volt domináns, amely nem rendelkezett az európaihoz hasonló származási és politikai homogenitással. Emellett a társadalom uralkodó csoportjai között az agrár-ipari tőkéscsoportok és a bankár-pénzügyi tőkéscsoportok közötti küzdelmek erőviszonyai szintén az európaiktól eltérő terepet adtak a jog hangsúlyainak átrendezéséhez. Ugyanis míg a tömegek választásán nyugvó demokratikus képviselő-testületekben és a választott posztokon egyértelműen az előbbiek domináltak, addig az önálló politikai tereppé váló sajtószférában, majd később a többszintűvé bővülő tömegmédiákban a bankár-pénzügyi körök dominanciája kikezdetlen volt már a XX. század elejétől, és ez csak növekedett azóta. Ráadásul az ügyvédi rétegek, az egyetemi jogászok és a tömegmédiák szellemi szférát és szellemi közvéleményt meghatározó körei közös egyesületekben, alapítványokban egy sor közös társadalmi-politikai akcióforumot teremtettek a XX. század elejétől (lásd Epp 1998; Scheingold 1998). *Ebben a légkörben propagálni a jog súlypontjainak áthelyezését a törvényhozásról és a feszes jogdogmatikai kategóriarendszerről a jog mikrofolyamataiba és a széles társadalom egészében keletkező jogra, teljesen más hatalmi alátámasztás mellett történhetett.* Ehrlich és az őt klasszikussá emelő jogszociológiai mozgalom széles hatása itt - szemben Európával - így válik érthetővé (lásd Hunt 1978).

Ugyanez az eltérés tesz érthetővé egy, az utóbbi évtizedekben a jogkoncepciók szintjén lejátszódó fejleményt. Az “alapjogi forradalom” menetében az Egyesült Államokban az 1950-es évek végétől a jog súlypontjait a törvényhozásról és a törvényi jogról a szövetségi alkotmányra és az ez alapján ítélező szövetségi bíróságokra vitték át, majd Ronald Dworkin az 1970-es években ezt öntötte jogelméleti formába, és alkotta meg az alapjogi jogkoncepciót (lásd Dworkin 1975). Az azóta eltelt évtizedek amerikai belpolitikai harcai tisztán mutatják, hogy a bankár-pénzügyi körök médiabefolyása, szellemi életet meghatározó alapítványai és a jórészt szintén általuk finanszírozott alapjogi perlési “jogvédő” egyesületei állnak e jogkoncepció mögött, míg velük szemben - már a legmagasabb szintű elnöki és kongresszusi berkekig felhatolóan - megfogalmazott ellen-jogkoncepció a törvényi jog és a jogági jogdogmatikák védelme mellett áll ki, és mindez a két nagy uralkodó tőkés csoport harcaként jelenik meg (lásd Epp 1998; Scheingold 1998). Ha a liberális demokrata erők adják az elnököt és velük inkább a bankár-pénzügyi körök dominálnak, akkor az alapjogi jogkoncepció hívei törnek előre (például a szövetségi bírói posztokra való kinevezésben vagy az alapjogi “jogvédő” egyesületek állami finanszírozását tekintve), ha pedig az ipari vállalkozói tőkéscsoportok és velük a konzervatívabb társadalmi rétegek jutnak domináló helyzetbe a republikánus elnöki adminisztrációk és republikánus törvényhozási többség révén, akkor megindul az “alapjogi forradalom” visszametszése (lásd Epp 1998; Grey 1996). Ám ha Európába átjövünk, akkor, bár kisebb egyetemi jogászörökben találunk híveket Dworkin alapjogi jogkoncepciója irányába, de a szélesebb jogéletben nem talált utat ez az irányzat. Pedig közvetlen amerikai alapítványi segítségek, egyetemi konferencia-szervezések, bőséges ösztöndíj-hálózatok révén már több évtizede igyekeznek exportálni ezt a jogkoncepciót ennek amerikai társadalmi-politikai csoportjai. Az európai országok társadalmi-politikai erőviszonyai azonban - legalábbis az eddigiekben - nem engedték ennek dominánssá válását az itteni országok jogéletében.

## 6.2. A természetjog jogszociológiai megközelítése

A természetjogi eszmék hosszú évszázadokig meghatározó szerepet játszottak az európai jogrendszerekben. Ez a szerep az 1800-as évek második felére végleg eltűnni látszott, hisz a modern tudományok ember- és társadalomképe mellett már védhetetlennek tűnt az, hogy az emberrel együtt született és minden időben érvényes jogok katalógusáról beszéljenek. A történettudományok részletes ismeretei és az eltérő civilizációk feltárása után ezt már nem lehetett komolyan védeni. Ennek ellenére az 1940-es évek végétől több hullámban ismét feléledni látszik a természetjog és az emberi jogok eszméje. A következőkben azt kell megvizsgálni, hogy milyen társadalmi okok és politikai szükségletek hozták létre ezt az újjáéledést. Ez előtt azonban érdemesnek tűnik egy rövid összefoglalást adni a

természetjog eszmetörténetéhez.

### 6.2.1. A természetjogi eszme fejlődésének vázlata

A természetjog eszméje a magatartási szabályok vitathatóságának megjelenésével és az alternatív magatartási szabályok felbukkanásával jött létre a görögöknél. Az i.e. V. században egy társadalmi változás ment végbe, és erre reagálva alakult ki magának a jognak a szellemi feldolgozása, és ezzel együtt az emberi tételezéssel kialakított jog és az ettől független örök természeti, isteni jog különválasztása is. A társadalmi változás lényege: az addig megkérdőjelezhetetlen ősi szokásrend, melyet az egyes államoknak az istenek és hősök adtak a homályos felfogás szerint, alternatívákkal ütközött azáltal, hogy egyrészt ismertté váltak a környező népek más szokásai, másrészt az arisztokrácia válságával, a türannisz és a demokrácia megjelenésével egyes görög városállamokban. Így hirtelen vitatottá kezdtek válni az örök, evidens törvények és a szokásrend.

Ezt fogalmazták meg tudatosan a szofisták. Ez alapjaiban kérdőjelezte meg a görögök gondolkodását a társadalomról és a jogról. Hippiász és Antiphon azt mondták, hogy “igaznak lenni annyit tesz, hogy nem szegjük meg az érvényes jogot. Ez az érvényes jog azonban nem hordoz magában semmilyen lényegi jót vagy maradandót, ennek megfelelően változó felfogások léteznek arról, hogy mi a jogos. A törvények nem szent rendelkezések, hanem bizonyos célokat és érdekeket szolgálnak”. Kritiász azt mondta, hogy az emberek azért találták ki az istenhitet, hogy ezzel megfigyelés alá helyezték azt is, amit nem látnak.

A jogi normák változásából és a különböző társadalmakban lévő eltérő normák létéből a szofisták a teljes tetszőlegességet vonták le, kivéve azokat a szabályokat, melyek természeti parancsokból erednek. Antiphon így ír: “Hiszen a törvényi parancsok önkényen alapulnak, a természet parancsai azonban a szükségszerűségen. A törvényi szabályok egyezményesek, nem maguktól fejlődtek ki, a természeti szabályok viszont a fejlődés és nem az egyezmények szülöttei. Aki tehát megszegi a törvényi szabályokat, mentes marad a szégyentől és a büntetéstől, ha nem szereznek tudomást róla; aki azonban veleszületett természeti törvényeken kísérel meg erején felül erőszakot elkövetni, még akkor is kárt szenved, ha tette minden ember előtt rejtve marad, s viszont akkor sem lesz kára nagyobb, ha tettét mindenki ismeri” (idézi Coing 1996:16). Vagyis Antiphon a természeti törvényekhez kötöttséget mondja ki, és ezzel szemben a városi törvények megsértésére hív fel.

Evolucionáriusan ezt úgy lehet megfogalmazni, hogy miközben a természeti ösztönirányítottságból kiemelkedő emberi közösségekben hosszú-hosszú ideig a



tompa szokásnorma-követés adta a rendet, illetve később ezeknek nem vitatható isteni parancsként alátámasztása jött létre, addig a görög városállami demokrácia közösségeinél már az önmaguk által alkotott normák léptek be a mindenkori áthagyományozódó szokásrend mellé. Ezzel a közösség egészének reakciói a környezet változásaira, a közösség belső összetevőinek eltolódásaira adekvátabbak lehettek, és nem csak a múlt feltételei között kialakult normák útján reagálhattak az új feltételek között. A szofisták ezzel szemben az új normarend tetszőlegességét emelték a középpontba, és a természeti ösztönökből eredő parancsokat tekintették irányadónak.

A szofisták ellen fellépő Szókratész a természeti ösztönök helyett az emberi lélek belső parancsaiként értelmezte át az örök jogot, és bár ő is elválasztotta ettől az egyes államokban létrehozott ember alkotta törvényeket, ezekben az igazságosság megjelenését látta, még ha el is ismerte a hibás törvények lehetőségét.

Ez alapján jutott el Arisztotelész a jog két alkotórészének elkülönítéséhez. Vannak dolgok - mondja -, amelyek a természettől fogva igazságosak, és erről egyetlen törvényhozó sem rendelkezhet másként, míg más szabályok csak egy pozitív rendelkezésen nyugszanak. A polisz joga két részre bomlik, a természetire és a törvényire. A természeti jog az, amely mindenhol érvénnyel bír, a törvényi jog az, aminek a tartalma eredetileg közömbös volt, de egyszer a törvény jogként kinyilvánította.

Míg a szofistáknál a természetnek megfelelő főként az ember lelki-fizikai természetének megfelelőt jelentette (vagyis a biológiai-pszichikai alkatából fakadó természeti parancsokat) addig a sztoikusoknál - Szókratész, Platón és Arisztotelész elemzésein átalakulva - egyre inkább a természeti ésszerűség parancsaivá válnak ezek. A természetjog náluk az átfogó ésszerűség joga. Cicero megfogalmazásában: "Az igaz törvény nem más, mint a helyes ésszerűség, amely összhangban van a természettel.....Ezen törvény eltörlése isteni törvények elleni véték, és lerontásukat nem lehet eltérni, továbbá nem lehet őket teljesen hatályon kívül helyezni sem, és sem a szenátus, sem a nép nem oldhatja fel ezen törvényi kötelezettségeket....Ilyen törvény nem lehet más Rómában és más Athénban, nem más most és később, az összes népet minden időben, örökre és változatlanul köti ez az egy törvény..."

A középkorban a keresztény gondolati rendszerekbe két eltérő verzióban épült be a természetjog eszméje, Aquinói Tamás és Ágoston feldolgozásában. Aquinói Tamás Arisztotelészre nyúlt vissza a lex aeterna (az örök törvény) gondolatával. Ahogy az ideák általában is, a lex aeterna és az isteni törvény ésszerűségéből keletkezik. Ha az ember képes felfogni a Lex aeterna-t, akkor mint Lex naturalis (természeti törvény) tudatosul az. Az ember a Lex naturalis felismerésével és alapelveinek mindig az adott körülményekre való alkalmazásával alakítja meg a pozitív jogrendet. Vagyis itt az isteni alapú természetjog csak általános szintű, jogelvi szintű szabályozást ad, és konkretizálni mindig az embernek kell. Vagyis a "felsőjog" itt nem teljes jog.

Mintegy a jog egyik, nem teljes rétege. Másrészt van a természetjognak egy sor olyan szabálya, amely közömbös az általános szintű természetjog szempontjából. Ám ami ellentmond az általános szintű természetjognak, az semmis.

Ágoston Civitas Dei műve 410 után keletkezett, amikor a gótok feldúlták és elfoglalták Rómát, óriási megrázkódtatást okozva ezzel a szellemi gondolkodás terén is. A vád az volt, hogy a keresztények az okai ennek, mert szétházták a régi római istenek kultuszát. Ezzel szemben állította Ágoston, hogy az erőszakkal létrejött Róma, melyet erőszakkal pusztítottak el, nem igazi birodalom volt. Az igazi állam nem más, mint az Isten állama, a Civitas Dei. Vagyis az igaz hívek, az Isten kegyelméből kiválasztottak közössége, a túlvilág fényében a civitas coelestis (égi birodalom), mennyei Jeruzsálem; a földi élet zárandokútján pedig a civitas dei terenna (Isten földi birodalma) a keret. Vele szemben az elátkozottak közössége áll: a civitas diaboli (az ördög birodalma). Amíg tart a földi élet, a két közösségnek együtt kell léteznie: ez a Civitas permixta (kevert birodalom), és ez nem más, mint az állam. Az államot is Isten, a történelmen is uralkodó Isten hívta létre (...). De ezen állam joga és békéje földi eredetű, nem a civitas coelestisben uralkodó isteni béke, isteni igazságosság igazi tükörképe. Vagyis a földi törvényektől Ágoston nyomán jobban elválasztják az isteni jogot, és nincs is törekvés arra, hogy a földi jogot az isteni jog felé közelítsék, a földi jogot az isteni jog fényében kritizálják és követelik közelítését. Egyszerűen elvetik, megvetik azt, noha szükségesnek fogják fel a nem isteni jogon alapuló földi államot és jogot is. Luther és Kálvin tanai is ezt tükrözték vissza ezután (lásd Coing 1996:28-33).

Hugo Grotius - az újkori természetjog megalakítója - az ember alaptulajdonságának a nyugodt, rendezett életre törekvést tekinti, és a nyugodt együttműködésre való törekvést a vele egyívásúakkal, más emberekkel. Az ember nem az ösztönei által, hanem az érzékin túl az értelem által irányított. Ebből vonja le Grotius, hogy a legfőbb jogi elv, amiből az összes többi ered a pacta sunt servanda, a "szerződéseket meg kell tartani"-elv.

Thomas Hobbes tézise szerint ezzel szemben az ember egoista. Ezenfelül felteszi, hogy valamikor eredeti állapotban éltek az emberek, ahol korlátlan szabadság uralkodott. Így az egoista alkatú ember az eredeti állapot korlátlan szabadságában a "mindenki háborúja mindenki ellen" állapotokat hozott létre. Ennek megszüntetésére kötötték meg a társadalmi szerződést. A jog így a félelem terméke, és a szabadságkorlátozás terméke. Ez az elemzés hasonló ahhoz, amit korábban Lucretius "A természetről" c. művében kifejtett: "Lucretius szerint kezdetben az emberek mindenféle társadalmi kötelék vagy bármiféle konvencionelizmuson alapuló kényszer nélkül az erdőkben barangoltak. Gyengeségük és a vadállatok miatt rájuk leselkedő veszélyek késztették őket önmaguk védelme és biztonságából származó gyönyör kedvéért, hogy egyesüljenek. Miután társadalmat alapítottak, a korábbi kegyetlen élet helyébe a kedvesség és a hűség szokása lépett" (Strauss 1999:82).

Samuel Pufendorf a következő jelentős természetjogi gondolkodó, akinek fő tette, hogy a Hobbes óta domináló egyoldalú matematikai-okozati gondolkodást

korrigálta, és kettéválasztotta a világot fizikai entitásokra és morális entitásokra, és a kauzalitás érvényét csak a fizikaira ismerte el. A természetjogot teljesen elválasztotta az isteni parancsoktól és az istennel szembeni kötelezettségektől, és azt mondta, hogy az isteni kötelezettségek a vallás dolgai, ezzel szemben az ember saját magával szembeni kötelezettségei a morál területét jelentik, míg a közösséggel szembeni kötelezettségei esnek a jog területére. Christian Thomasius továbbment a vallás, a morál és a jog elválasztásában ezen az alapon, és az etika, a politika és a jog elválasztása középponti nála.

A felvilágosodás képviselőinek társadalomképét az határozta meg, hogy az önmagukban létező emberekből indultak ki, és egy természeti állapotot tettek fel – volt, aki történeti hipotézisként, de általában ilyen állítás nélkül –, és ekkor csak természetjog volt; uralom nem létezett és minden ember szabad volt és egyenlő. Viszont ebből a természetjogból hiányoztak a szankciók, és emiatt bizonytalanság uralkodott. Így az emberek összefogtak és egy szerződés, a társadalmi szerződés révén megalapították és megszervezték az államot. Ezzel a szerződéssel a "természeti állapot" átalakult "polgári állapottá". Ezzel az ember polgár lett, és a természetes jog helyére a "polgár" joga lépett.

A társadalmi szerződés két verziója jött létre: Thomas Hobbes az alávetettség szerződéseként fogta fel a társadalmi szerződést, mellyel az uralkodó abszolút hatalma jött létre. Az emberek önmaguk mondtak le szabadságukról az abszolút uralkodó javára, hogy biztonságban éljenek. John Locke ezzel szemben azt hangsúlyozta, hogy a társadalmi szerződésnek az a célja, hogy az ember természetes jogainak, szabadságainak, tulajdonának és mindenki egyenlőségének biztosítása megtörténjen, így az állam kötött ezekhez az értékekhez.

Strauss jelzi, hogy "Locke határozottabban állítja, mint Hobbes, hogy az ember eredetileg természeti állapotban élt, illetve hogy a természeti állapot nem hipotetikus feltételezés. Ezen elsősorban azt érti, hogy az emberek közös felsőbbségnek alávetettség nélkül éltek, vagy élhetnek ma is, a földön. (...) a természeti állapotban élő emberek, akik a természeti törvény kutatói, tudják, hogy miként orvosolják ezen állapot kellemetlenségeit, és vessék meg a közboldogság alapjait. De csak azok a természeti állapotban élő emberek ismerhetik a természeti törvényt, akik már éltek polgári társadalomban, illetve olyan polgári társadalomban élők, amelyben megfelelően művelik az értelmet. Ezért a természeti állapotban élő emberekre inkább az Amerikában letelepedett angol gyarmatosítók elitje a példa, mint a vad indiánok. Még jobb példa a társadalmuk összeomlása utáni magasan művelt emberek esete (...) Ily módon teljességgel irrelevánssá válik, hogy a természeti állapot, melyet olyan állapotként fogunk fel, melyben az emberek a természeti törvénynek és nem valamely közös felsőbbségnek vannak alávetve, bármikor valóságos volt-e vagy sem" (Strauss 1999:155).

Angliában Hume, Németországban Kant kritizálta a felvilágosodás természetjogi

felfogását, mert empirikusan a gyakorlatból, antropológiailag igyekeztek levezetni az ésszerűség követelményeit. Ezzel szemben Kant apriori tisztaságban, a tiszta észben igyekezett azt megalapozni, és ezzel a felvilágosodás korlátozott ésszerűség fogalmát radikalizálta. Az ő természetjoga "apriori jogelmélet", és a gyakorlati ész alapelveiből vezethető le. "A szabadság az egyetlen eredeti jog, amely az embert ember mivolta miatt illeti meg. Ebből következik minden egyéb természetes jog. Kant ennek alapján definiálta a jogot mint feltételek összességét, amely feltételek között az egyik ember kénye a másik ember akaratával egyesíthető, mégpedig a szabadság általános törvénye szerint" (Coing 1996:41).

Az újkantiánusokat elemezve Arthur Kaufmann egy fontos mozzanatra mutat rá Kant, az újkantianizmus és a természetjog viszonyáról írva. Kant utolsó munkáinak egyikében írta meg "Az erkölcsök metafizikája" c. munkáját, amelyben maga is egy tartalmi észjogot vezet le az észből. Miközben a tiszta ész kritikája értelmében semmilyen tartalmi dolog nem vezethető le az apriori észhasználatból, csak az észhasználat tiszta formái (Kaufmann 1989:64-65). A Kant által kibontott tartalmi észjog nagy hatást tett a német jogi életben, és továbbvitték sok-sok országban, mint nálunk Csatskó, Virozsil, Pauler. Ez az észjogi mozgalom a bírói ítélkezésre is hatást tett egy idő után, és ez nagy jogbizonytalanságot hozott létre az új ítélkezési alap nyitottsága miatt. Ez ellen lépett fel először Paul Johann Anselm von Feuerbach, és a kanti kriticismus fényében a természetjog tartalmi nyitottságát vallotta, amit csak az állam tud kitölteni pozitív joggal. Bár azután - következtelenül - mégis ellenállási jogot ismer el a bírónál, ha a törvény igazságtalan, teszi hozzá Kaufmann. Anselm von Feuerbach később igazságügyminiszter is lett, és ezen elméleti alapjától is ösztökélve fontos kodifikációkat kezdett el. De igazán Stammler és az újkantiánusok léptek fel Kant következtelensége ellen, és a tartalmi természetjog elvetése ment végbe náluk. Stammler "helyes jogra" vonatkozó elmélete is csak az apriori jogi formák elmélete, és nem valami tartalmi észjog. Vagy Moór Gyula megfogalmazásában: "A helyes jog tehát csak bizonyos tulajdonságú tételes jog, amelyet Stammler szerencsétlen terminológiája "változó tartalommal bíró természetjognak" nevez - ami természetesen nonszensz, mert a természetjog, már fogalma szerint változatlan" (Moór 1994:155; a "helyes jog" elemzéséhez lásd még: Takács 1998).

Az 1900-as évek elejére a természetjog eszméje végleg eltűnni látszott. Mielőtt továbbmennénk, és a természetjog és az emberi jogok mai szociológiai funkciói után kérdeznénk, érdemes lesz egy átfogóbb társadalmi fejlődési vonalat végigfutni.

### **6.2.2. A társadalmi folyamatok pozitíválódása**

Az elmúlt évszázadokban felhalmozódó néprajzi és történettudományi kutatások eredményeként már letisztultan áll előttünk a természeti körülményekbe

beágyazottan élő és onnan különböző civilizációs formákban kiemelkedő emberi közösség szerveződési mechanizmusa, de ugyanígy az egyedi ember pszichikai alkatának ezzel együtt változó fejlődése is. Az ösztönvilágból kifejlődő szokásnorma-irányítottságtól az egyre reflexívebb absztrakt norma- és értékirányítottságig ívelő fejlődés a magatartási irányítási mechanizmusok terén említendő itt elsősorban (lásd Gehlen, 1977; Heller 1978). De ugyanígy a mágikus varázslattal élő vallási világképeken át a modern tudományos ismeretszerzésig terjedő fejlődés is ide fogható, vagy a totális közösségi alávetettségéből az individualizálódás folyamatai révén autonómmá váló egyénekből felépülő társadalmak kifejlődése is felfűzhető erre. A tárgyunk szempontjából különösen fontos társadalmi vezérlési centrumok (központi állam) kialakulása a komplexebb közösségek átfogó problémáinak megoldására említendő itt, amely a görög-római civilizációból kibomló európai fejlődésben az 1700-as évektől egyre inkább kitáguló és racionális társadalomszervezésre épült át a korábbi katonai és rendfenntartó szerepből, és a kibomló tudományos ismeretszerzés eredményeire alapozódó állami apparátust alakított ki, és fokozatosan tudatosan tervezett magatartási szabályokat kezdett kiadni. E gépezet összekötése a demokratikus akaratképzéssel, a szabad vélemény-kifejezésre és pártalapításra épülő többpártrendszerrel csak betetőzte a folyamatos emberi döntéseken, ismeretszerzésen és ennek társadalmi gyakorlatba visszakapcsolásán nyugvó önvezérlő társadalmak létrejöttét. A természeti folyamatok fölé emelkedve (bár a természeti körülmények között élve és az egyes emberben lévő természeti ösztönirányítottságot csak átformálva, de teljesen meg nem szüntetve) a modern társadalmak komplex értelmi mechanizmusokra építik fel az egyes tevékenységi szféráikat. Ezek a társadalmak sokkal intenzívebben veszik igénybe a természeti környezetet, és ezért sokkal fontosabb minden részlet ismerete és ezek változásáról az ismeretek. Így az ismeretek adekvátságának állandó leellenőrzését követeli meg a kialakult fejlettség az egyes szituációkban cselekvők számára, és a magatartási minták állandó változtatása válik itt szükségessé a releváns részletek gyors változása miatt (lásd Luhmann 1984; Pokol 1991).

A közösségek radikális kibővülésével a sokszorosán összetett társadalmak egyes részletei is fontosabbak a fejlettebb szinteken a mindennapi cselekvésekben. A kibomló individualizáció után pedig a sok-sok milliónyi szabad egyéni cselekvés és ezek szétfutó változásairól való ismeretek is fontosak a megfelelő cselekvési minták számára. Mindezek révén elégtelenné válnak a spontán szokásnormák változtatási mechanizmusain nyugvó korrekciók a közösségekben levő magatartási szabályok szintjén, és a komplexsége válik, illetve a természet fölé emelkedő társadalmakban spontán módon kialakulnak a társadalmat vezérlő politikai centrumok tudatos normaalkotási gépezetei. Az európai civilizációt tekintve, ez végbement a római államfejlődés több száz éve alatt éppúgy, mint az újkori fejlődésben ismét (lásd Caenegem 1981).

Az emberi tudás pozitíválódott a modern tudomány alakjában; a termelést tradicionális beágyazottságából a piacgazdaság pozitíválta, azaz tette

mindenoldalúan adekvát gazdaságossági döntésektől függővé; a természeti kisközösségeként működő családot a szabad párválasztáson és váláson nyugvó modern család pozitívalta; az isten kegyelméből uralkodó dinasztikus állami hatalomgyakorlást a periodikusan visszatérő választásokra alapozás pozitívalta, és a mindenkori szavazati döntésekre alapozott modern államok robbanások és forradalmak nélkül tudják megváltoztatni politikai prioritásait; végül a modern jog a változatlan szokásvilágba beágyazottságból - ahol csak fűnövésszerű észrevétlenséggel tudott változni generációk között a joganyag - a tudatos döntésekkel létrehozott joggá alakult át, ahol a kitágult szakértői apparátusok szisztematikus ténygyűjtésekre alapozott normaalkotási folyamatai működnek, és ezeknek a demokratikus akaratképzéssel összekapcsolása révén a társadalom uralkodó véleményeinek leellenőrzése mellett jön létre a mindenkori új jog. A komplex társadalmak, amelyek ráadásul napjainkra egyre inkább kontinenseket átívelő globális világtársadalommá egyesülnek, csak folyamataik mindenoldalú változásra átépítésével, és e folyamatok tudatos döntési folyamatokká alakításával tudnak összeroppanás nélkül működni.

A modern társadalmak mindenoldalú pozitíválódását konstatálva, evolucionáriusan szükségszerűnek mondható a naiv ember- és társadalomképen nyugvó újkori természetjogi tanok gyors eltűnése az 1800-as évek második felére. Az 1900-as évek elején legtöbbször már csak mint meghaladott jogtörténeti emlék merült fel a jogfilozófiai értekezésekben ez az eszme. Ha Kant - mint láttuk, saját premisszái ellenében - az 1700-as évek végén még késztetve érezte magát egy tartalmi észjog levezetésére, és a szellemi rétegeken túl a bírói jogalkalmazó szférában is hatott ekkor ez az észjog, akkor a kibomlott állami jogalkotás légkörében Stammler és Bergbohm nyilvánvalóan szintén a kor légköréből kapott impulzusokra támaszkodva fedezik fel Kant következetlenségét, és szolgáltatják ki észjogi korlátok nélkül a jogot az állami jogalkotónak. A magyar Moór Gyula az 1930-as évek elején már a teljes elutasítás jegyében foglalkozik csak a természetjogi eszmével (Moór 1994). De ugyanígy az amerikai jogelméletben is már az 1900-as évek elejére elenyészett minden pátoasz az emberi jogok vonatkozásában, és Holmes, Roscoe Pound és a jogi realisták a legkíméletlenebb őszinteséggel szóltak az emberi jogi ruhába bújtatott érvelési álcázásról, és az alattuk megbúvó érdek- és politikai motivációkról (lásd Posner 1990; Grey 1996). Mindez tehát a társadalmi folyamatok végbement pozitíválódására való evidens válaszként fogható fel.

Ez a pozitíválódás nem állt meg az elmúlt évtizedekben sem, sőt soha nem látott gyorsasággal és tágulással megragadott minden társadalmi jelenséget a technikai és társadalmi fejlődés menetében. Ennek ellenére a második világháború után úgy tűnt, hogy a jog területén mintha egy visszafordulás történt volna, és John Locke veretes szavai az emberi természetben rejlő jogokról, Hobbes eszméje a természeti állapotban élő és szerződéssel társadalomba egyesülő emberekről ismét hatást tud kiváltani. A természetjog örök visszatéréséről írtak a második világháború után, és ma is akad szép számmal egyetemi jogász, aki úgy érvel, hogy "ő értékelkötelezett,

és ezért evidensnek tartja a jog természetjogra alapozását”. Próbáljuk meg elfogulatlanul elemezni, hogy mi okozta az elmúlt évtizedekben az “emberi jogok” eszméjének expanzióját, és mennyiben lehet ma valóban természetjogról beszélni a modern jogrendszerekben.

### 6.3. Az emberi jogok mai szociológiai funkciója

A “természetjog” és az emberrel együtt született emberi jogok feltevése anakronizmus a modern társadalom- és történettudományok ember- és társadalomképe háttéréből szemlélve, ennek ellenére ismét hatást tudott kiváltani ez az eszme az elmúlt évtizedekben. Ha megnézzük, hogy melyek voltak azok a társadalmi-politikai szituációk, amelyekben ez a hatás újjáéledt, közelebb kerülhetünk a jelenség megértéséhez.

Az újjáéledés központi szituációját az elméleti jogi gondolkodástól lehető legtávolabb találhatjuk meg. E szituáció összetevőit jelentette Németország és szövetségeseinek katonai legyőzése a második világháborúban; az amerikai katonai és igazságszolgáltatási gépezet dominanciája a győztesek között; és végül a legyőzött országok, elsősorban Németország katonai, állami és jogszolgáltatási vezetőinek felelősségre vonása. Nemzetközi szerződések megsértésével vagy belső törvények áthágásával alig néhány, háborúért felelős vezetőt lehetett volna felelősségre vonni, ám a háború szörnyűségeiért átfogóbb felelősségre vonást sürgető társadalmi csoportok nyomására szélesebb jogi alap vált szükségessé. És ezt elégítette ki az egyes államok felett álló íratlan természetjog eszméjének reaktiválása a felelősségre vonást levezető amerikai igazságügyi tisztviselők és egyes jogpolitikus csoportok által. Otthon, Amerikában ennek egyik ága volt a jogi realisták eszméinek gyors visszaszorítása, amely pedig a domináns jogfelfogást jelentette ekkor már több év óta, de ebben a légkörben a valamikori ünnevelt főbíró, Holmes nézeteinek Hitleréhez hasonlítása is ide fűzhető fel (Duxbury 1993). Németországban a “törvényes jogtalanság” természetjogi eszméjének felhasználása a nürnbergi perek során ennek jelentette a másik ágát. *Ekkor fellépni* a természetjog újjáélesztéséért nem elméleti tett volt, hanem a politikai-ideológiai szükséglet által indukált reakció (lásd Karácsony András kitűnő elemzését ehhez: Karácsony 2000:30-33).

Gustav Radbruch “formulájának” sorsa kitűnően mutatja ezt a jelleget. A nürnbergi perek előkészítésének légkörében, ezek előkészítése idején 1946-ban alapjában nem tett mást, mint a skolasztikus természetjog által régen kidolgozott formulát ismételte meg a törvényes joggal szembeszállás kötelességére, és szinte egész életművét háttérbe szorító hatással a ’nagy jogász’ hírnevét biztosította magának egyes jogpolitikus csoportok és szellemi táborok előtt. Egy magyar nyelven 1977-ben kiadott megfogalmazása erről így szól: “...a pozitív írott jog szabályban rögzített és a hatalomtól biztosított jog akkor is elsőbbséget élvezne, ha tartalmilag igazságtalan

és célszerűtlen, kivéve, ha a tételes törvénynek az igazságossággal való ellentéte oly elviselhetetlen mértékűvé válnék, hogy a törvénynek mint az igazságosság “helytelen jogának” meg kellene hátrálnia” (Radbruch 1977: 136). Tizenöt évvel korábban – 1931-ben - Moór Gyula így fogalmazta meg ezt az alapgondolatot: “A skolasztikus természetjogi felfogás (...) megkülönböztetést tett a “kiáltóan erkölcstelen” és a “pusztán igazságtalan” hatalmi parancsok között (...) A “kiáltóan erkölcstelen” nem jog (...) ellenben a “pusztán igazságtalan”-nak eleget kell tenni a jogrend és a jogbiztonság érdekében (Moór 1994:91). Radbruch a formulája alapján “nem-jog”-nak minősített nemzeti szocialista jog alkalmazása miatt a bírák utólagos büntetőjogi felelősségre vonásának helyessége mellett szállt síkra, tekintet nélkül arra, hogy a bírák a nem-követéssel életüket kockáztatták volna, “...mert a bírói ethosznak mindenáron - élete árán is - az igazságosságra kell törekednie” (Radbruch 1977:138).

Érdekes ezt a nézetet Helmut Coing-nak szintén ebben az időben (1947-ben) kifejtett álláspontjával ütköztetni. Ő úgy látja, hogy a természetjog ténylegesen erkölcsi parancsokat nevez át jogi parancsokká, ami ugyan nem helyeselhető, de mint erkölcsi parancsok fontosak. Ám erkölcsi parancsok nem követése esetén nem lehet büntetőjogi szankciókkal élni: “... a természetjog erkölcsileg megalapozott és megvalósítása az erkölcsi törvény parancsa. Ennek - minden veszély ellenére való - megvalósítása igen nagy megbecsülést érdemel. Be nem tartása egyes esetekben erkölcsi foltot ejthet az egyénen, de nem alapozódhat rá büntetőjogi felelősségre vonás pozitív jogi értelemben (Coing 1996:191). Ezt a gondolatot Coing eredetileg 1947-ben írta le, szinte egy időben a “radbruchi formulával”, de soha nem vált híressé utóhatásában egy “coingi formulaként”. A politikai-ideológiai szükségletet Radbruch fejezte ki ekkor.

Németországban hamar lecsengett a természetjogi újjászületés kísérlete, és a nürnbergi per inkább a háború utolsó aktusaként, mintsem igazi jogszolgáltatási aktusként üledett le a közvéleményben és a német jogi életben. Az amerikai nyomásra létrehozott német alkotmánybíráskodás is - az 1950-es években hozott néhány első ítélet után - szikárabb jogi, jogdogmatikai érveléssel működött, és nem használta rendszerint az emberi jogi és a természetjogi ideológia érveléseit. Ezzel szemben az Egyesült Államokon belüli jogi fejleményekben fontosabb szerep jutott az “emberrel együtt született” emberi jogi eszme reaktiválásának.

Blackstone hatására az 1800-as évek végéig a jogi gondolkodók többsége Amerikában úgy fogta fel a bírói precedensjogot, mint az íratlan természetjogi normák felszínre hozását, és e joganyag mellett a törvényi jog elenyésző volt még ekkor. A század végére felerősödő törvényhozás bővülő joganyaga és a jogelméleti reflexiók elmélyülése háttérbe szorította Európa után itt is a természetjogi eszmét. A “progresszív” jogelmélet, majd örököse, a “New Deal” politikai programja az aktív állami törvényhozás útján létrehozott jog mellett szállt síkra, az őket követő jogi realisták pedig a szabad bírói döntéssel létrehozott jogot és a bírói döntések



társadalomtudományi-statisztikai ismeretekre alapozását támogatták. Emellett fontos fejlemény volt az 1900-as évek elején, hogy nemcsak az emberi jogi eszme szorult vissza az Egyesült Államokban, de az alkotmányba foglalt jogokra támaszkodó bíráskodás eszméje is. A progresszív törvényhozást alkotmányellenessé nyilvánító hírhedt „Lochner-ítélet” 1905-ben mint az aktivista bírói visszaélés szimbóluma határozta meg évtizedekre az amerikai jogászai és szellemi körök hozzáállását a törvényhozás feletti alkotmányos alapjogokhoz (Duxbury 1993).

Ez a helyzet változott meg gyökeresen az 1950-es évek közepétől az amerikai jogéletben. Ha az e helyzetet létrehozó okok után kutatunk, akkor jelezni kell, hogy az 1930-as évektől meginduló európai értelmiségi emigráció az 1950-es évek végére fokozatosan új domináns csoportot hozott létre az amerikai egyetemi-szellemi szférában és a fokozatosan kibomló és önálló politikai hatalommá váló tömegkommunikációs szektorban is. Ez a változás új küzdelmi területeket nyitott meg az amerikai belpolitikában a gazdasági-tőkések csoportok között folyó politikai harcok számára, és a pénzügyi-kereskedelmi tőkések csoportok pozícióit növelte ez a változás az ipari-mezőgazdasági csoportok rovására. Az utóbbiak masszív törvényhozásbeli túlsúlyával szemben bukkant fel az 1950-es évektől mindinkább a bírói hatalmon keresztül történő térnyerés lehetősége, melynek előfeltételét a Roosevelt elnök által korábban végrehajtott bírói személyi-állománycsere hozta létre. *A szövetségi és tagállami törvényhozások „reménytelen” konzervatív többségével szemben a pénzügyi-kereskedelmi tőkéscsoportok által kívánatosnak tekintett radikális társadalmi változások felé nyitottabb szövetségi bírói kar léte teremtette meg az emberi jogi eszme reaktiválását az 1950-es évek végétől* (lásd Epp 1998; Duxbury 1993). Az alkotmányos alapjogokra épített és a törvényhozási akarattal szembefutó változás stratégiája az 1960-as években a csúcspontját érte el, és a gyakorlati jogi élet változásain túl (pl. a mozgalmi jogászság és az alkotmányjogi perek tömegessé válásának létrejötté) az elméleti jogi gondolkodásban is változásokat hozott. John Rawls igazságossági elmélete Hobbes és Locke eredeti természeti állapot felfogásának és a társadalmi szerződés eszméjének újraformálásával a korábbi naivitásokat eltüntetve igyekezett tudományosan elfogadhatóvá tenni az univerzális „örökjogi” elvek eszméjét. Ronald Dworkin már az „alapjogi forradalom” apályának idején igyekezett jogelméletileg megalapozni a morálfilozófiai érveken nyugvó és törvényhozás felett álló alapjogi bíráskodást (Dworkin 1977). E kísérletek problematikusságára már - a máskülönben politikai céljaikkal szimpatizáló - Jürgen Habermas rámutatott (Habermas 1992:88-90). *Most csak e kísérlet politikai-ideológiai harcok általi indukáltságát szeretnénk kiemelni.* A természetjognak ezen újjáélesztése számára nem az elméleti sík a fontos. Rawls, Dworkin és irányzatuk többi szerzőinek munkái ugyan elháríthatják a természetjogi eszméből a nyilvánvaló anakronizmusokat, és ezzel az elméleti viták síkján el tudják háritani e nézetek gyors elvetését. Ám a mindennapi alkotmányjogi perek ezreinek résztvevői és az átlagemberek milliói perlési megfontolásaiknál éppolyan naivan állnak az „emberrel együtt született” emberi jogok eszméjéhez, mint az több száz évvel ezelőtt állt Hobbes és Locke fejében. *Nem az elméleti megalapozás, hanem a*

*mindennapi ideológiai-politikai szükséglet és az ezek mögött álló hatalmas pénzügyi és szellemi erők biztosítják az emberjogi ideológia hatását.* (Lásd ehhez Charles Epp elemzését az amerikai alapjogi mozgalmak - ACLU stb. - létrejöttéről, és ebben a bankár-pénzügyi körök finanszírozási hátterét: Epp 198:21-27; ugyanígy a "cause lawyering", a "jó ügy jogászainak" szerveződése kapcsán a mozgalmi jogászság kiépüléséhez: Sarat/Scheingold 1998).

Az emberi jogi eszme politikai szükségletekre felhasználásának új területét jelenti az 1990-es évektől kialakuló új európai politikai erőter is. Ez az eszme már szerepet kapott bizonyos fokig az egypárti államrendszerek megbuktatásában is itt Közép-Kelet-Európában az 1970-es évektől a Helsinki-egyezmény utóhatásaként, noha ezek bukását elsősorban a gazdasági hatékonytalanságuk és a nyugati banktőkés csoportok által ezt kihasználó pénzügyi-gazdasági nyomás alá helyezés okozta. Az új európai politikai erőterben aztán az 1990-es évektől a közép-kelet-európai demokráciák összeurópai integrációját ellenőrző Európa Tanács kontrolljában középponti szerepet kapott az emberi jogi dimenzió. Ez a szerv az európai emberjogi egyezményen alapul már 1949 óta, de a nyugat-európai országok viszonylatában működve különösebb jelentőséget nem kapott hosszú ideig, épp a világháború utáni természetjogi újjáéledés gyors lehanyatlása miatt. Ezzel szemben az 1990-es évek elejétől az új közép-kelet-európai demokráciák felett kiterjedt ellenőrző szerephez jutott, és ezek belső törvényhozásbeli küzdelmeit a legintenzívebben befolyásolják a strassbourgi Európa Tanács fórumait felhasználó, emberjogi ideológia érveivel küzdő politikai csoportok. *Az új közép-európai térség összeurópai kontrollja így nagy mértékben természetjogi-észjogi érvelések bázisára épült, és ez a gyakorlati-politikai dimenzió tartja folyamatosan kiemelt szinten az elmúlt években e régióban a természetjogi eszmét.* Ezt csak kiegészíti, hogy az új közép-kelet-európai demokráciákban a nyugatiakhoz képest sokkal erőteljesebb alkotmánybíróvási kontroll épült ki a törvényhozás és az empirikus politikai akaratképzés felett, mint az a nyugati-európai országokban valaha is lehetséges volt.

Ezek azok a főbb politikai-ideológiai meghatározók, melyek a már kimúlt természetjogi eszmét ismét életre galvanizálták, és néhány katolikus természetjogászon és más morálfilozófuson túl jóval szélesebb és erősebb hatást adtak ennek az eszmének. Általános társadalomelméleti alapokról szemlélve ezt, és a társadalmi folyamatok mindenoldalú pozitíválódását szem előtt tartva, azonban csak szkeptikusak lehetünk ennek perspektíváit illetően.

## **X. fejezet**

### **Empirikus jogszociológia: a bírói döntés szociológiája**

A bírói döntési folyamat elemzése különböző oldalokról már eddig is több fejezetben felmerült, különösen a perszociológiai kérdéseket tárgyaló részben. Itt most két empirikus megfigyelés és elemzés egészíti ki ezeket. Az első rész a német bírák mindennapi döntéseinek egy német jogszociológus által "részrtvevő megfigyelőként" végzett vizsgálatát mutatja be, majd a második rész az általunk elvégzett empirikus bírói döntéselemzésből mutat be egy válogatást.

#### **1. A német bírói tevékenység megfigyelése**

A jogi diploma megszerzése után a német Rüdiger Lautmann a szociológia tanulmányozásába kezdett, és a bírói döntéseket meghatározó tényekről, befolyásolókról szeretett volna készíteni egy szociológiai tanulmányt. Erre a legkézenfekvőbb módszernek kínálkozott, hogy – élve a jogi diplomájából fakadó lehetőséggel – jelentkezett egy alsóbíróvási álláshirdetésre, és itt mint beosztott bíró (Gerichtsassessor) tevékenykedett egy éven keresztül. A kollégák, a többi bíró – nem tudván a tényleges kutatómunkáról – mint kezdő bírót kezelte Lautmannt, aki a bírói karon belüli karriert futja majd be élete során, így ő a legteljesebben megfigyelhette belülről, mint résztvevő, a bírói döntéseket és az ezeknél rendszeresen felbukkanó meghatározó tényeket, összefüggéseket. Az egy év alatt sok száz bírói döntéshozatalban vett részt mint a bírói tanács tagja, ezek közül sok esetben az előadói bíró szerepet is betöltötte. A legtöbb eset magánjogi jellegű volt, de néha büntetőbírói tanácsba is beosztották, ha itt volt rá szükség.

A főbb megállapításai a következőkben foglalhatók össze.

1. *Formális és informális döntési program.* A bírakat a döntéseik meghozatalában a formális döntési program és emellett az informális döntési program vezeti, mind anyagi jogi téren, mind eljárási aspektusban. A formális döntési programhoz tartozik a vonatkozó törvényi és más jogszabályi pozitív jogi anyag, a felsőbíróvási döntések (mind a Bundesgerichtshof, a BGH, mind a felettes OLG, az Oberlandsgericht vonatkozó döntései) és a jogirodalmi álláspontok, különösen a kommentárok

álláspontjai. Lautmann erősen kiemeli, hogy tapasztalatai alapján a felettes Oberlandsgericht releváns döntéseinek nagy szerepe van a bírói döntések kialakításában. Úgy tűnik, hogy még a BGH döntéseit is csak akkor követik teljes mértékben az alsóbb bíróságok, ha már a felettes OLG is átállt erre. Tehát ez így árnyalja a felsőbírósági döntések “hierarchiáját”, és a közeli-lenti felsőbíróság a fontosabb sokszor. (Közbevetve: egy hazai, polgári jogi ügyekben döntő bíró környezetéből hasonló információk merültek fel, és eszerint a bírák itthon is nagyon erősen figyelnek arra, hogy a tőlük fellebbezett ügyekben döntő közvetlen felettes bíróság bírója hogyan döntött korábban a hasonló ügyekben...) Ok: az ítéleteik elleni fellebbezéstől és a döntésük megváltoztatásától való erős “viszolygás” a bírák részéről.

Az informális program ezzel szemben a bírák értékpreferenciáiból áll, amely az igazi kiindulópontot jelenti a bírói döntések kialakításában. Ez határozza meg, hogy milyen irányban kutat a bíró az ehhez az értékpreferenciához leginkább illeszkedő normák után. De Lautmann többször jelzi, hogy ha a formális program nem engedi meg az értékek szerinti irányba mutató döntést, akkor hűségesekek maradnak a bírák a formális program iránymutatásaihoz. Tehát a végső törvényhűség elismerése minduntalan felbukkan az elemzés megállapításai között, noha Lautmann többször sejteti, hogy ő baloldali-liberális értékeket vall, és az elfogult osztálybíraskodásról (Klassenjustiz) szóló elméletet kiválóan ismeri. Ám az is jól kijön a leírásaiból, hogy a jogi rendelkezések tág teret adnak rendszerint az értékpreferenciák szerinti informális program meghatározó erejének.

“A bírói ítélet számára a formális program mindenekelőtt a pozitív jog, amelyet a törvényi normák, a szokásjogi normák és a bírói jog jelent. Továbbá ide sorolhatók azok a precedensek, melyek nem kristályosodtak még ki bírói joggá, továbbá a jogtudósok irodalmi véleményei. A bírák éppúgy hivatkoznak az ítéleteikben a precedensekre és az irodalomra, mint a pozitív jogra” (Lautmann 1972:18). “Az informális program nem formalizált, azaz nem hivatalos normákból és értékekből áll (...) ezek jogon túli döntési alapok, amelyeket a jogász alkotmányjogilag nem legitimált forrásokból szerez, és amelyeket az érvelésben nem jelentet meg. E normák hordozói a lakosság felső-közép rétegei, a család, az ismerősök, kollégák, a politikai pártok, egyházak, érdekképviseleti szervek, tömegmédiumok” (Lautmann 1972:18).

2. *A jogászi ténygyűjtés primitivitása* - mondja Lautmann (49.o.). Csak a normatív oldalra készítik fel a jogászképzésben a jogászt, a tényoldal csak úgy ott lebeg, és ő csak átlagember módjára jár el komplex kérdések feltárása közben is.

Van egy sor vélelemmé sűrűsödött tényállítás a visszatérő esetekben. Pl. a válásoknál - legalábbis a Landgericht-eknél – a “Zerrüttlung des Ehe” kérdésében, ha a válni akarók egyszer még együtt aludtak, nemi kapcsolatot folytattak egy alkalommal még, akkor úgy veszik, hogy az összes ez előtti, a házasság

szétrombolásához vezető cselekményt megbocsátották egymásnak. (A BHG ezzel szemben nem vallja ezt – írja Fritz Jost a “Soziologische Festsstellungen in der Rechtsprechung der Bundesgerichtshof” c. munkájában.) Tehát egy sor sztereotip tényállítás létezik, melyek a részletektől már absztrahálva vannak, és eleve az alkalmazandó normára tekintettel vannak már kialakítva. Vagyis a reális életbeli tények “helyi értéken” való felfogása helyett a már kipreparált, absztrakt, normákhoz idomított ténygyűjtés folyik.

Később írja általánosabb jelleggel a ténygyűjtésről, hogy a kiválasztott normára orientáltan folyó ténygyűjtés egy általános torzítást eredményez a reális tények teljességéhez képest: ”A ténygyűjtésnél a normán való orientálódás azt hozza mindig magával, hogy a bíró meghatározott eljárási eredményhez képest keresi a tényeket”(Lautmann 1972:146). Emellett még fontos, hogy a bíró a reális tények helyett a már normára tekintettel interpretált tényeket veszi igazán fontosnak. Ezek a “kulcsmegállapítások” (schlüssige Behauptungen), vagyis a közvetlenül norma-releváns megállapítások. Az puhítja meg igazán a bírót, ha ilyen tényekkel találkozik a keresetlevelekben, és kisebb súlyt ad annak, hogy ezeknek milyen a valóságtartalma. A tényeknek tehát inkább csak legitimáló szerepe van, és sokszor még belép helyettük is a bírói körökben általánosan elfogadott fikció. (Lásd a válásnál a házaspár egyetemes nemi kapcsolatából levont fikciót a megbocsátásról.)

3. *A ténygyűjtésnél az információ forrásának formalizált jellege:* “A valóság-konstruálásnál az a fontos, hogy aki az információt adja, az milyen szerepet tölt be az eljárásban. Hogy az peres fél, tanú, szakértő vagy más. Amit például a felperes a saját javára mond, az irreleváns, amit azonban az alperes javára mond, az úgy érvényes, mint az igazság. Egy peres fél fel tud lépni bizonyító személyként (Beweisperson) saját állítása érdekében, de csak ha az ellenfél beleegyezik ebbe. Tehát a peres félnek először át kell menni ebbe a Beweisperson szerepbe” (Lautmann 1972:52).

4. *Informális ténygyűjtés:* Pl. ha a peres fél egy előző esetben volt a bíróság előtt, akkor onnan ismert jellemzőit, esetleg annak a pernek a tényeit felhasználják ebben a perben is most a bírók, de nem hivatkoznak rá. Pl. hogy milyen jövedelmi viszonyai vannak egy peres félnek, az egy régebbi perében kiderült, melyet a mostani bíróság döntött el, és ezt most onnan emelik át - idéz erre egy példát Lautmann.

5. *A tényektől való túlzott absztrahálás:* Noha egy perben csak a jogi rendelkezések által relevánssá tett tények számítanak, de szélesebb nézőponttal és egy sor tény alapos megvizsgálásával e rendelkezéseket is jobban lehet alkalmazni. Ezzel szemben a tényleges bírói döntésekben a lehető legkevesebb releváns tényt igyekeznek figyelembe venni a bírók. Ti. ha több van, akkor az csak zavarja a döntés egyszerűségét. A kezdő bíró hamar rájön erre, ahogy idősebb kollégái állandó elhárítását érzékeli a túl széles ténygyűjtésével szemben. És emellett van

egy nyomás a gyors döntésalternatíva-kiválasztásra is: “A bírói tanács elnöke mondja nekem: “Találjon először egy irányító fonalat az eset feldolgozásához, ha Ön dönten akar, máskülönben soha nem jut tovább. Az nem használ, ha itt valamit felkap, majd ott más bizonyítékot kezd mérlegelni (Lautmann 1972:61). *Tehát lehetőleg az elején egy gyors össz-verzió elképzelés kialakítása, és ezután csak az ehhez illeszkedő tények kutatása a lényeg a bírói döntési folyamatban, és nem a habozó-kereső, több verziót párhuzamosan mérlegelő kutatás és ehhez elfogulatlan-széles ténykeresés* - így lehet összefoglalni a reális bírói ténymegállapítási folyamatot Lautmann megfigyelései szerint. Már néhány tényből levonja a bíró az első benyomást, hogy mi is itt a tényállási keret, és ez a legfontosabb, a legmélyebb lenyomatot hagyó “elődöntése”.

6. *Az idegen tényselekcio elfogadása:* Nemcsak a bíró szelektál a tényekből, hanem a per résztvevői is csak redukált módon informálják a bírót. A bíró pedig rendszerint elfogadja ezeket a redukált tényállási prezentálásokat. Noha az eljárási szabályok lehetővé teszik azt is a bíró számára, hogy kiegészítse a felek által elé tárt tényállást, de ténylegesen csak a felek által elé tárt tényekre folyik a legtöbbször a bizonyítás: “A legtöbb bizonyítási eljárásban - magánjogi perekben – csak azokra a tényekre folyik a rákérdezés, amelyet a felek kifejezetten előhoztak. A bíró kevés fantáziát enged meg rendszerint itt magának, hogy az alternatív és kiegészítő tények után kérdezzen, noha a formális eljárási program ezt éppenséggel lehetővé teszi (lásd 139, 142-144, 272b ZPO)” (Lautmann 1972:63). Később is írja Lautmann, hogy a bírák az őket illető eljárási kérdésekben való mérlegelést nagyon visszafogottan gyakorolják.

Jellemző még, hogy a bírák kevésbé a felek “nyers tényközléseire” figyelnek, mint inkább ezek ügyvédeknek már jogilag redukált tényközléseire. Pl. az egyik esetben a jelenlévő fél el akarta mondani, hogy mi történt, de a bíró félbeszakította: “Csak hagyja az ügyvédjét beszélni!”( 65.o.). És különösen az alsóbb néposztályokból származó peres feleket mellőzi ilyenkor a bíró.

7. *Érvelési szlogenek, érvelési figurák a tényektől való absztrakciónál:* Ha valamilyen tényt nem akarnak figyelembe venni a tényállás megállapításánál, akkor csak azt mondják rá a bírák, hogy az “unsubstantiirt”, vagyis nem eléggé részletesen kifejtett. (Substantiieren = részletesen kifejtteni.) És ezzel figyelmen kívül hagyják az ilyen tényt. Ugyanígy egy ellenigény érvényesítése elleni kifogást elutasított a bíróság egy esetben azzal, hogy azt csak deklarálta, de nem fejtette ki részletesen. Így mintha nem is hangzott volna el. Ám az, hogy mi a mérték a részletes kifejtéshez, mi elég ehhez, azt a bíró dönti el. Így ez egy önkényt tesz lehetővé burkoltan, és a “bűvös szó” (unsubstantiirt) ezt elfedi.

Egy másik lehetőség egy tény figyelmen kívül hagyására, ha a bizonyítottságot kevésnek minősítik. “Az állítás vitatott maradt - hangzik a verdikt, és ezzel kizárják

a tényállás megállapításából (69.o.).

#### 8. További megállapítások

- A bírák és az ügyvédek között van egy kollegiális kapcsolat, és ebből sok minden következik. Pl. az egyik ügyvéd bíró-visszautasítást kért egy perben, és később alkotmányjogi panaszt is benyújtott, és a bírósági tanácselnök megjegyezte a belső szobában a bírói tanácskozás alatt, hogy “majd jön még ez az ügyvéd az ő utcájukba” (kissé magyarosan fordítva), ti. majd kér később még olyan dolgot, ami a bírói mérlegelés körébe tartozik, és akkor majd megnézheti magát. De rendszerint mind a két oldal tudja, hogy a folyamatos jó kapcsolat miatt vissza kell fognia magát.

- Sok bírói döntést, ahol mérlegelési lehetőség van, a munkatakarékossági szempont vezet. Pl. ha egy aláírással elintézhető egy javaslat, és ezzel nagy munkától szabadul meg a bíró, esetleg az egész ügy lezárható ezzel, akkor ez ténylegesen döntő lehet a javaslat teljesítésében. “Munkatakarékossági szempont, jutalmazó kontaktus az ügyvédekkel, az ügyésszel és a passzivitás az a három fontos szempont, ami az informális döntési programot erősen befolyásolja” (Lautmann 1972:141). Tehát az értékpreferenciák mellett az informális programokat ilyen “földhözragadt” szempontok is erősen befolyásolják.

- A bírákat nagyon foglalkoztatja, hogy várható-e fellebbezés az ítéletük ellen, ugyanis ez két irányban is konfliktust eredményezhet: a felsőbbbíróssággal, amennyiben az megváltoztatja a döntésüket, másrészt a peres féllel. Ezért sokszor azért döntenek meghatározott irányban egy részletkérdésben, hogy a fellebbezésre ingerlést csökkentsék. Ha nagyon keményen vitatkozik egy peres fél ügyvédje, és tartani lehet, hogy fellebbezni fog, és mindenféle jogi és eljárási lehetőséget kihasznál a fellebbezés során, akkor a bírák sokszor akkor is engednek neki, ha a másik fél így rosszabbul jár, mint a jogi helyzete engedné, mert a jogi bonyodalmaktól szeretnének távol kerülni a bírák. Az ügyvédi agresszivitásnak, minden jogi utat, felülvizsgálati lehetőséget kihasználásnak tehát van hatása.

“Egy ember orgazdaság miatt áll a bíróság előtt, és még közokirat-hamisítás is felmerül. Ehhez azonban félő, hogy a főtárgyaláson kevésnek találják a bizonyítékokat. A bírói tanács elnöke erre így szól: “Az orgazdaság elég.” Vagyis a hamisítást félretolja inkább. “Nekünk mindig megváltoztatás-rezisztensen kell alátámasztani az ítéletünket. A közokirat-hamisításnál ez nehéz. Akkor fogjunk inkább kevesebbet, és ennek adjunk egy megfelelő büntetési mértéket” (Lautmann 1972:167). Vagyis ez azt jelenti, hogy bár a nehezen bizonyíthatót kihagyják az ítéletből, de a megmaradóért jobban büntetik, hogy kompenzálják magukat a kihagyott bűncselekményért is...

A fellebbezéstől és a döntésük megváltoztatásától való félelemhez kapcsolódik a következő eset is. Egy bíróval beszélgetett Lautman, és az mondta neki: “Az a mi egyik büszkeségünk, hogy csak nagyon ritkán változtatják meg a fellebbezések

során a döntéseinket, talán évente ha egyszer van ilyen” (Lautmann 1972:167).

9. *A döntés létrehozatala és indokolásban való ábrázolása közötti eltérés* (Ausführen und Darstellen). Azt is lehet mondani, hogy a bíró az informális programmal megtalálja a döntést, és azután a teljes munka arra megy rá, hogy ezt legalitásnak megfelelő döntési alappal lássa el. De a tényleges megtalálás és az ábrázolás két külön munka. Ezért sokkal több az ábrázolási munka, az ítélet megfogalmazása, mint gondolni lehetne. Pl. egy felmérés kimutatta, hogy a bírák a munkaidejük majd egyharmadát fordítják az ítéleteik megindokolására. Persze, amit nem lehet megindokolni, azt már eleve nem is választja a bíró, így a döntésnél is ott van a lehetséges későbbi megindokolhatóság, de a két tevékenység sokszor teljesen elválhat. Sokkal intuitívabb a döntési alternatíva kialakítása, és ezután a legalitásnak megfelelő döntési alapok oda hozatala, törvényi rendelkezések, precedensek, irodalmi vélemények precíz felvonultatása következik. És a jogász tulajdonképpen azt tanulja, hogyan kell ábrázolni a döntését mint a legalitásnak megfelelőt, és a tényleges döntési motivációkat máshonnan veszi a bíró. Ezért van sokszor az, hogy a bírák már egyetértenek a döntésben, de a vita azon folyik, hogy miképpen lehet azt a leghihetőbben, a törvényességnek megfelelően megindokolni, normatív támpontokkal alátámasztani.

A bírák sokszor azért hoznak fel egy sor precedenst a döntésük alátámasztására, hogy a semlegességüket és a korrektségüket bizonyítsák, noha nem is lenne szükség már erre a döntési alapra az ítéletben. Miközben a tényleges döntésben esetleg semmilyen szerepe nem volt e precedenseknek.

## 2. A magyar bírói tevékenység megfigyelése

Lautmann példája által ösztönözve magam is közelebbről igyekeztem megvizsgálni a bírói döntési folyamatok tényleges lefolyását, és ha már az itthoni szabályozás folytán nem vállalhattam olyan egyszerűen bírói munkát, ahogy ő Németországban, legalább a bírósági irattárakból igyekeztem a bírói eljárások lefolyását tanulmányozni. Erre 2002 nyarán a Fővárosi Bíróság elnökétől kaptam engedélyt - amit itt is szeretnék megköszönni neki - és kérésemre 25 polgári-, illetve ugyanennyi büntetőeljárás teljes anyagát bocsátották rendelkezésemre. Ezeket a bíróság épületében jó körülményeket biztosítva tanulmányozhattam, és az adatvédelmi szempontok tiszteletben tartása mellett módot kaptam tudományos anyagaimban való felhasználásra. Az 50 perirat eltérő hosszúságú és bonyolultságú pereket takart, és ebből következően is különböző terjedelmű áttanulmányozandó anyagokat jelentett. Volt ezer oldalt is meghaladó ügy, de néhánynál csak egy-kétszáz oldalt tett ki ez, ám összességében így is több ezer oldal elemzését kellett



elvégezni. Rekonstruálva azonban egy-egy per jogilag közvetlenül releváns részeit (és az ehhez tartozó tényálláselemekhez a bizonyítékokat) az ezer oldal meghaladó periratokat sikerült néhány száz oldalra szűkíteni egy-egy eset vonatkozásában, és a tüzetes elemzés így már lehetségessé vált. Mivel fénymásolni nem tudtam a periratokból, csak részletes jegyzetelés révén volt lehetőség kimenteni ezekből a döntési folyamat főbb adatait, ez pedig rákényszerített a pontos rekonstruálásra és a fontosabb mozzanatok elkülönítéséhez a jelentéktelenebb részekről. Így is csak sok száz oldalas jegyzetelésben tudtam az 50 per lefolyásának főbb mozzanatait megtartani. Ebből szeretnék a következőkben néhányat felvillantani. Fontos jelezni még, hogy az itt közreadottaknak pusztán annyiban van értéke, hogy ezek ténylegesen lefolyt bírói döntési folyamatokat jelentettek egy magyar bíróságnál az 1990-es években. De arra, hogy ezek milyen gyakorisággal jelennek meg az évente folyó többszázezer magyar bírósági perben, nem adnak választ. Inkább csak abból lehet kiindulni, hogy egy egységes bírói hierarchiában összefutó bírósági rendszerben túlságosan nagy eltérések nem valószínűek, így az egyes pereknél az itt tapasztaltak nagy valószínűséggel hasonlóan fordulnak elő más perekben is. Jelezni szeretném még, hogy az ötven áttanulmányozott per irataiból azokat a pereket emelem ki, melyek valamilyen szempontból eltérnek az ideális bírói döntéstől elvártaktól, illetve a törvényi tényállások alá az egyszerűen beilleszthetőségtől, és jobban a nyitott - akár szembenálló döntési opciókra lehetőséget adó - helyzeteket adták a bírának.

*A P. 26793/1998 sz. polgári ügy* kapcsán címként “egy bírói döntés zsákutcába futása” szerepelhetne, ha a legfontosabb tanulságokat szeretnénk kiemelni. A per két gyógyszerészeti jellegű havilap kiadója között folyt 1996 őszétől, mivel a felperes kiadó által megjelentetett korábbi laptól az eltávozott szerkesztői gárda egy hasonló néven és hasonló formátumban előállított másik lapot is piacra dobott, és ezért a felperes a tisztességtelen piaci magatartás megállapítását és a további kiadástól való eltiltást kérte a másik kiadóval mint alperessel szemben az 1990. évi LXXXVI. törvény 7.§-a alapján: “Tilos árut a versenytárs hozzájárulása nélkül olyan jellegzetes külsővel, megjelöléssel vagy elnevezéssel előállítani, vagy forgalomba hozni, amelyről a versenytársat, illetőleg annak jellegzetes áruját szokták felismerni”. A nyilvánvalóan perelhúzó taktikát folytató alperest az első fokon eljáró Fővárosi Bíróság egyesbíróként eljáró bírása a felperes kérésének megfelelően elmarasztalta, ami ellen az a Legfelsőbb Bírósághoz fellebbezett. Itt a másodfok egy végzésben hatályon kívül helyezte az elsőfokú ítéletet eljárási szabálysértés miatt, és új eljárás lefolytatását rendelte el. Ugyanis a perben két ülnök részvétele mellett kellett volna lefolytatni az eljárást. Ezután ugyanaz a bíró, most már két ülnök bevonásával, egyetlen tárgyaláson ismét lefuttatta az eljárást 1998 decemberében, miután a per kezdete óta már több mint két év eltelt. A jegyzőkönyv tanúsága szerint itt már csak az előző elsőfokú eljárásban megállapított tények és jogi kérdések formális újra-deklarációja történt meg, most már az ülnökök jelenlétében. Pedig a helyzetet illetően egy döntő változást jelzett az alperes, miszerint 1997 márciusától nem ő a kiadója a jogsértéssel vádolt lapnak, hanem a gyógyszerész-szakma

országos kamarája, és ezt a lap bemutatásával - melynek impresszumában ez a kamara egyedüli kiadóként szerepelt - bizonyította is. Mivel itt a fő kérelem a lap további kiadásától való eltiltásra vonatkozott, az új kiadó perbevonása nélkül nyilvánvalóan nem lehetett megnyugtatóan lezárni az ügyet. A felperes előadása szerint azonban "a lapengedély az alperes nevére szól, így állítom, hogy az alperes a lap kiadója". Ezzel ugyan szemben állt a felmutatott lap impresszuma, de a bíró már nem foglalkozott ezzel. Nem kérte a felperest állítása bizonyítására, például a lapengedély másolatának bemutatásával, hanem lezárta a tárgyalást és rögtön ítéletet is hirdetett. Ebben szó szerint ugyanúgy elmarasztalta az alperest, mint az előző ítéletében, és eltiltotta a lap további kiadásától. Az elmarasztalt alperes ismét fellebbezett, és a Legfelsőbb Bíróság 2001 márciusa végén hozott ismét másodfokú határozatot. Ebben hallgatólagosan elismerte az alperes állítását a kiadó személyének változásában 1997 márciusától, mivel - megváltoztatva az ítéletet - csak az addigi jogsértést állapítja meg vele szemben. Mivel azonban a lapot azóta kiadó gyógyszerészeti kamarát az elsőfokú eljárás alatt nem vonták perbe a bíró passzivitása miatt, így a lap további kiadására lehetőség maradt. Ennek a pernek így ugyan vége lett - és a jogsértés bírói megállapítását a konkurens lapban, illetve egy országos napilapban közölni kellett -, de a leglényegesebb felperesi kérelem, a konkurens lap további kiadásának eltiltása elmaradt. A megismételt elsőfokú eljárásba "belefáradt" bíró passzivitása miatt így lényegében zsákutcába futott a négy és fél évig tartó per, és a felperes most már új alperes felé, új per indításával kezdhette előlről a jogi harcát, de lényegében a pernyertessége ellenére ugyanott volt, ahol évekkel azelőtt.

*A P. 23238/1991. sz. polgári per* csak az ítéleti indokolásában található sajátosság miatt érdemel kiemelést. Egy villamos ipari intézet szolgálati találmányának feltalálója és az intézet részvénytársasággá átalakulása utáni intézeti jogutód között a találoi díj megfizetése tárgyában indult a per 1991 szeptemberében. Az intézet apportként bevitte a részvénytársaságba azt a négy találmányt is, melyben a felperes-feltaláló negyedrészből tulajdonos volt - a többi feltalálótársa mellett - mint a szolgálati találmány tulajdonosa. Az alperes képviselője elismerte, hogy az apportként bevitt tulajdon-átruházást jelent, és így a negyedrészből tulajdonos feltaláló jogosult díjazásra, de tagadta, hogy köztük díjazási szerződés létrejött volna e találmányok tekintetében. A felperes négy másik találmányra létrejött díjazási szerződést csatolt be, elismerve, hogy a vita tárgyát képező találmányok nincsenek ugyan ezek között, de kérte, hogy a bíróság analóg módon állapítsa meg ezek alapján a vita tárgyát képezőkre is a díjazás mértékét. Kiemelést érdemel, hogy a felperes-feltaláló ügyvédje az egyik legmagasabb rangú kamarai vezető tisztséget betöltő ügyvéd volt, és ebben az ügyben az IM Gazdasági és Jogi Főosztályától (!) egy átiratot és jogértelmezést tudott beszerezni igénye alátámasztására (1992 októberében!). Becsatoltak ezután a villamos ipari intézet jogutódja ellen folyó, egy másik hasonló perben hozott ítéletet is, melyben egy másik bírói tanács a találmány értékének 50%-át ítélte meg, és ez alapján a felperes ügyvédje kérte itt is ennek megítélését. A perben eljáró egyesbíró meghozta az ítéletét, mindenben helyt adott

a felperes-feltalálónak, és indokolása pusztán annyi volt, hogy megidézte a másik tanács 50%-ot kimondó ítéletének megállapításait, és kijelentette, hogy “a felperesnek ennek megfelelően módosított kérelme jogos”. De hogy ő ebben a perben felhozott ellenérvekkel szemben miért így döntött, és miért nem az alperes által kért más százalékot állapította meg, nincs indokolás. E perben a döntést tehát formáljogilag is egy párhuzamosan folyó másik per ítéletét alapul véve mondta ki a bíró...

*A P. 20229/91. számú polgári per* életközösségi vagyonmegosztás ügyében indult, és mint a jogi szabályozás szerint végletesen nyitott ügy iskolapéldáját lehet tekinteni, melyet a bíró csak a tények egy, meghatározott irányú csoportosításával döntött el, de legalább ennyire jogos lett volna az ellenkező irányú csoportosítás és ezután polárisan szembenálló döntés meghozatala is. Ha ilyen ügyek nagy gyakorisággal fordulnának elő egy jogrendszerben, akkor messzemenően igaz lenne a “critical legal studies” irányzat tézise, miszerint mindig két ellentétes jogi megoldás létezik egy ügyre, és az így nyitottan maradó esetet mindig a felek konkrét személye, a bíró jogon túli politikai és ideológiai értékei alapján döntenek el ténylegesen. Jelezni kell persze, hogy ennyire nyitott ügy nem volt több a vizsgált, polgári peres ügyek között, így nem támasztja alá a vizsgálatunk a CLS-nek ezt a tézisének.

A felperes férfi budapesti házába 1977 végén költözött be egy főváros környéki faluból gyerekeivel az elvált asszony-alperes, és 1988-ig éltek közös háztartásban, élettársi kapcsolatban. Közben az asszony a falubeli házából kiköltözésért a korábbi férje által fizetett 220 ezer forintért egy másik házat vett, majd azt eladta 350 ezer forintért 1982-ben, és az új élettársa háza melletti üres telket megvéve egy ház építésébe kezdett. Közben együtt éltek a felperes férfival, az asszony főzött, mosott, takarított a lakásban - közösen összeadva a háztartás pénzügyi fedezetét -, a férfi pedig dolgozott a készülő új ház építkezésén is, noha itt nagyrészt kőművesmesterek és alkalmi segéd munkások dolgoztak. Egy közös ingatlant is vettek ez idő alatt, negyed-negyed részben a felperes, ennek anyja, az alperes, illetve ennek lánya nevére íratva. Az életközösség 1988 nyarán ért véget, és miután az alperes asszony átköltözött véglegesen az elkészült házba, a férfi kérte az új ház felének értékét mint az életközösség megszűnése után a vagyonközösség rá eső részét. Ennek megtagadása után 1991 elején keresetet nyújtott be a Fővárosi Bíróságra.

Az életközösséget szüksézáva a Ptk. 578/G. §-a ekkor így szabályozta: “Az élettársak - házasságkötés nélkül, közös háztartásban, érzelmi és gazdasági közösségben élő nő és férfi - együttműködésük alatt a szerzésben való közreműködésük arányában szereznek közös tulajdont. Ha a közreműködés aránya nem állapítható meg, azt azonos mértékűnek kell tekinteni”. A bírói gyakorlat hangsúlyosan kiemeli, hogy az életközösség megállapításához az érzelmi kapcsolat mellett a vagyonközösség elismeréséhez az is kell, hogy gazdasági összefonódás jöjjön létre az együtt élők között. A jelen perben a felperes azt állította, hogy a

közös gazdálkodás létrejött, és folyamatosan, kölcsönösen egymás javára végzett munka keretében ő egy sor munkát végzett a készülő új házon is, ezért kéri a vagyontársaság megosztása kapcsán az új ház értékének felét. Az alperes asszony ezzel szemben azt állította, hogy noha közös háztartást vittek több éven át, ennek során egymás között pontosan megegyeztek a költségek megosztásában, és a férfinak, illetve neki is külön takarékbetétkönyve volt. Ezen túl az új ház építkezésében csak egy igen kis részben vett részt a férfi, pontosan: a ház alapjainak ásásánál három napot segített ő is, és ő készítette el a kész ház körül a járdát. Ezután a felek által megjelölt tanúk meghallgatása következett, és jórészt az derült ki, hogy a férfi többet dolgozott a ház építkezésén, mint amit az alperes asszony elismert. Az egyik tanú szerint, ha az alperes hölgy nem volt ott az építkezésen, a férfi irányította a munkásokat. Munkások állították tanúvallomásaikban, hogy a férfi által a Bosnyák téren nagybani áron vett zöldséget a pincében ők kötegették az asszonnyal együtt - amit a férfi különböző közértekben előzetes megállapodás alapján értékesített -, és aztán a munkásokat a férfi és az asszony közösen fizette ki. A tanúvallomások többsége tehát inkább a közös gazdálkodás léte felé mutatott. Igaz, a szomszédasszony tanúvallomása szerint egyszer hozzá menekült az alperes, mert a férfi meg akarta verni, és utána jöve nála is durván szidalmazta, majd ezután az alperes nála lakott egy hétig a durva férfi miatt. Jelezte azt is a tanú, hogy azóta haragos viszonyban vannak a felperessel.

A négy évig tartó elsőfokú eljárásban 13 tárgyalás megtartása után 1995 januárjában született ítélet, és a felperes kérelmét az új ház értékének felének megítélésére a vagyontársaság kerete között a bíróság elutasította. Az ítélet szerint nem jött létre az érzelmi-nemi kapcsolaton túl közös gazdálkodás, pedig az állandó bírói gyakorlat szerint ennek hiányában élettársi kapcsolat léte és vagyontársaság nem állapítható meg. Az indokolás kiemeli, hogy külön takarékbetétkönyve volt a férfinak és az asszonynak is, és azt is, hogy a per kezdeti szakaszában a férfi tagadta a külön takarékbetét létét, és csak később egyezett bele abba, hogy az OTP-t a bíróság megkeresse a takarékbetét adatait illetően. Közbevetőleg jelezni kell, hogy a tárgyalási jegyzőkönyvekben ez a tény nem volt benne, és a felperes ügyvédje jelezte is fellebbezésében, hogy ezt csak az alperes állította egy észrevételi nyilatkozatában, de ez nem került megvitatásra a tárgyaláson, így a bíró irratellenesen hozta fel ezt érvként indokolásában. Vitatta a felperes ügyvédje azt is fellebbezésében, hogy a külön takarékbetétkönyvek léte kizárná a közös gazdálkodás fennállását, mint ahogy a házastársak sokaságánál ma már ez bevett gyakorlat.

A fellebbezést elbíráló Legfelsőbb Bíróság ennek ellenére helybenhagyta az elsőfokú ítéletet, és ugyanezt tette felülvizsgálati eljárásban az LB felülvizsgálati tanácsa is. A felülvizsgálati eljárás indításakor jelzi is a pervesztes felperes ügyvédje, hogy az alsófokú bíróság döntése teljes mértékben az alperes előadását fogadta el, és a szembenálló tanúvallomásokat mellőzve nem indokolta a mellőzés indokait. A felülvizsgálati ítélet elismeri ezt, de ezt nem tekintette

jogszabálysértésnek, így helybenhagyta az ítéletet.

Hogy mennyire ellenkező irányú döntés is születhetett volna ebben a perben, azt mutatja egy alig korábban lezárt másik hasonló ügyben született döntés, amit BH 1994/6. sz. 252. számon tettek közzé. Itt annyiban volt fordított a helyzet, hogy a felperes asszony kérte az élettársi vagyontársaság megállapítását hosszú évek együttélése után, és ennek megszűnése miatt a vagyonmegosztást, míg az alperes férfi tagadta, hogy az érzelmi-nemi kapcsolaton túl közös gazdálkodás is megvalósult volna. Az elsőfokú bíróság megállapította a közös gazdálkodás megvalósulását, és elrendelte a vagyonmegosztást. Az alperes fellebbezett, és mivel a közös háztartásban dolgozó felperes-asszony egy idő után csak rokkantnyugdíjat kapott, és nagyobb keresettel az alperes férfi rendelkezett, ő is kezelte a pénzt kizárólagosan, a másodfokú bíróság "korlátozott élettársi vagyontársaságot" állapított meg. A felperes felülvizsgálattal élt ez ellen, azzal érvelve, hogy a Ptk. nem ismeri a "korlátozott élettársi vagyontársaság" fogalmát, és ha az valamilyen fokban megállapítható, csak a szerzés arányai nem, akkor vélelmezni kell az azonos mértékű szerzést. A Legfelsőbb Bíróság jogosnak ismerte el ezt az érvet, és az ítéletet "a Ptk. 578/G. § (1) bekezdésének helytelen alkalmazása miatt tévesnek" minősítette (lásd Horeczky/Szilágyi 1997:674). Az általunk vizsgált esetben nehéz volt épp ellenkezőleg dönteni, és csak találgatni lehet, hogy mi volt a bíró tényleges motivációja ennél.

*A P. 26818/93. sz. polgári per* egy fordító szerzői jogi vitájáról szólt egy kiadóval szemben, és az ügyben eljáró ügyvéd teljes felkészületlensége és ennek következményei miatt érdemel kiemelés. A per végig arról szólt majd két éven át, hogy a teljesen felkészületlen ügyvédet a szabadalmi és szerzői jogi ügyekre specializálódott bíró szelíden okította-irányította a vonatkozó tények és jogi rendelkezések felkutatásában, és mikor végre képbe került az ügyvéd, és meg tudta fogalmazni jogilag alátámasztottan az igényét, akkor rögtön meg is egyeztek az alperessel, és a per egyezséggel zárult.

A fordító angol nyelvből fordított egy krimi az 1980-as években, amit akkor egy kiadó meg is jelentetett, és az 1990-es évek elején létrejövő sok új kiadó egyike engedélye nélkül - az ő nevének fordítóként feltüntetése mellett - ismételt kiadott. A fordító felperesként a fordítói díj megfizetése miatt indított pert a kiadóval, mint alperessel szemben, egy ügyvédet meghatalmazva a per vitelével. Az ügyvéd azzal kezdte, hogy 1993 szeptemberében a Pesti Központi Kerületi Bíróságra, a PKKB-ra adta be a keresetet, de egy hónap múlva a bíróság jelezte felé, hogy a Pp. 28.§-ának tiszta szabályozása szerint a szabadalmi és szerzői jogi ügyek a Fővárosi Bíróság hatáskörébe tartoznak, így áteszik oda a rossz helyre küldött keresetlevelet. A Fővárosi Bíróságon az ügygel foglalkozó bíró egy végzésben arra kérte 1994 februárjában a felperest képviselő ügyvédet, hogy az általánosságban kért fordítói díj megítéléséhez adná meg hiánypótlásként, hogy hány oldalt is tesz ki ez a fordítás. Az ügyvéd válasza szerint 339 A5-ös oldalnyi a fordítás terjedelme, és 300

ezer forintban jelölte meg a megítélni kért összeget, mert 800Ft/oldal összeget látott erre indokoltnak. Fél év elteltével, 1994 júniusában került sor az első tárgyalásra, és noha az alperes vagy képviselője nem jelent meg a tárgyaláson, így halasztani kellett azt, de előtte még a bíró - beletekintve a vitatott mű tárgyaláson felmutatott példányába - jelezte a felperesi ügyvédnek, hogy a könyv impresszumában más is fel van tüntetve kiadóként, mint akit az ügyvéd korábban alperesként megnevezett. Az ügyvéd, beletekintve az általa magával hozott könyvbe, igazat adott a bírónak, és jelezte, hogy akkor most már kéri a bíróságtól e kiadó alperesként perbe vonását is. A szerzői jogi ügyekre specializálódott bíró kérte még a felperesi ügyvédet, hogy a vonatkozó jogszabályok alapján összegszerűen talán pontosíthatná a követelését. A jegyzőkönyvből ugyan nem derül ki, hogy e felhívásnál adott e pontosabb tippet a bíró az ügyvédnek, de tény, hogy ezután az ügyvéd már megtalálta az 1/1970 (III. 20.) MM. rendeletet, amely egészen pontosan a fordítói díjak összegét állapítja meg. Így már pontosította a felperesi ügyvéd a kereseti kérelmét, és 9,66 ívnyi fordításra 29 ezer forintra mérsékelte a kérelmét az eredetileg kért 300 ezer helyett. Végül megtalálták az impresszumban feltüntetett másik kiadót is, és miután ezt az összeget már mindkét alperes ügyvédje elfogadhatónak találta a tárgyaláson, rögtön egyezséget is kötöttek ez alapján az 1995 márciusában tartott tárgyaláson. Az egyezségben 25 ezer forint fordítói díj kifizetésében állapodtak meg peren kívül, és ezzel a bíró az eljárást megszüntette. A vonatkozó jogszabályok és a megfelelő szintű bíróság ismerete mellett erre nagyon hamar mód nyílt volna, e per tulajdonképpen az ügyvéd teljes felkészületlensége miatt kezdődött el egyáltalán, és tartott majd két éven át.

A vizsgált büntetőperekre áttérve három eset kiemelése látszik célszerűnek, ha tartjuk magunkat ahhoz a szelektálási szemponthoz, hogy az átlagosan elvárható jogalkalmazástól eltérőket adjuk itt közre. Ez azt is jelenti, hogy a 25 megvizsgált büntetőügy közül a többinél nem merültek fel a jogi megítéléstől eltérő, torzító szempontok, és mind a tényálláselemek összeállítása, mind a jogi kérdések korrekt megoldása az elvárható kereten belül maradt.

*A 41/95. sz. büntető ügy dokumentumainak áttanulmányozása után az elemző nehezen tud elszakadni attól a konklúziótól, hogy itt a vádlottak elítélésére inkább a Magyar Köztársaság érdeke miatt volt szükség - legalábbis ahogy az ügyészi oldalról ezt az érdeket felfogták -, mintsem a tényleges cselekmények és ezek bizonyítékai miatt. Nézzük meg az eset lefolyását.*

- 1994. november 3-án este nyolc óra körül egy fővárosi útkereszteződősnél, az egyik metrómegállónál két megtermett - magas és izmos - fekete, 35 év körüli férfi és három 17-20 év közötti, közepes termetű fiatal (vitatott egy negyedik, hasonló korú fiatal jelenléte is, az előbbieket mellett) bomberdzsekiben, rövidre nyírt hajjal szembement egymással a széles úttesten, át a gyalogátkelőhelyen. A fehér fiatalok állítása szerint az egyik fekete férfi karjával összeütközött egyikük vállával, mire az felelősségre vonólag megfordult, de a fekete férfi pofon ütötte,

erre ő is visszaütött. A szóban forgó fekete férfi ezzel szemben azt állította, hogy ő már akkor látta, hogy a szembenálló "bőrfejük" közül a középső neki fog menni, amikor elindultak az úttest átszelésére, és így is lett, majd amikor ő megfordult, egy másik megrúgta, amitől ő elesett, de rögtön felállt, ám akkor a harmadik társuk is megrúgta őt a térdénél.

- Az úttesten lökdösődés, pofozkodás volt, még ha ennek lefolyását másként is írták le a szembenálló felek, és mivel időközben pirosra váltott a lámpa és a kocsik megindultak, vitatkozva visszamentek a metrómegálló felőli járdára. Itt egy járókelő férfi lépett hozzájuk, és megkísérelte szétválasztani a vitatkozó feleket, jelezve a fekete férfiak felszólítására - "Te is közéjük tartozol?!" -, hogy ő civil ruhája ellenére rendőr, és felmutatta igazolványát. Valaki - aki ezután nem került elő, és tanúnak sem jelentkezett - időközben kihívta a rendőrszolgálatot, azzal, hogy "bőrfejük verik a feketéket!", és mivel a XIV. kerületi rendőrkapitányság alig néhány száz méterre volt, néhány perc múlva megérkezett a rendőrkocsi. Ezután a következő események történtek, illetve a következő tanúvallomások kerültek jegyzőkönyvbe:
- A rendőrszolgálat három bombardzseki fiatalot talált a helyszínen a feketékkel szemben, és rögtön megbilincselte a fiatalokat. A fiataloknak arra a méltatlankodó kifogására, hogy "a nagydarab fekete férfi kezdett el pofozkodni, és itt igazán ők a sértettek", a rendőrök - a fiúk későbbi tanúvallomása szerint - csak harsányan nevettek.
- A civil ruhás rendőr azt mondta a jegyzőkönyvbe, hogy ő nem látott pofozkodást az úttesten, csak valamilyen tumultust, és amikor a járdára visszatértek a fiatalok, a feketékkel vitatkozva, ő a verekedés megakadályozása végett lépett oda hozzájuk. A vitatkozás közben ő nem hallott bőrszínük miatti gyalázkodást, ahogy a feketék állították. "Azért, hogy elhárítsam a verekedés kialakulását, megpróbáltam a gyerek kezéről lefejtetni a kétméteres fekete kezének a szorítását, de nem sikerült"- mondta ekkor a jegyzőkönyvbe.
- Az egyik fekete férfi, akit ekkori jegyzőkönyvbe mondott állítása szerint megpofoztak, majd többen megrúgtak, azt mondta, hogy a járdára visszatérve a fiatalok már látták, hogy botrány kezd kialakulni, ezért el akartak menni, de ő nem hagyta, mert valaki odasúgta neki, hogy már kihívta a rendőrszolgálatot. Akkor jött oda a civil ruhás rendőr, és miután igazolta magát, akkor azt mondta - állította - hogy "most már senki nem mehet el innen, mert már itt van a hatóság". (Ennek ellentmond, hogy a civil ruhás rendőr szerint ő épp azért ment oda, hogy lefejtse a fekete férfi kezét a "gyerekről".) A civil ruhás rendőr elmondta még, hogy nem ő hívta ki a járőrt, és meg is lepődött, amikor hirtelen megjelentek.
- A megbilincselte fiatalokat beszállították a rendőrkapitányságra, éjszaka kihallgatták őket és a fekete férfiakat is, és az egyik fekete férfi meg is tette a feljelentést. Ebben öt-hat fiúról és lányról beszél, akik rájuk rontottak és ütötték-rúgták őket, ahol érték.
- A helyszíni intézkedést a járőrök a fekete sértettek vallomásai alapján úgy rögzítették, hogy "5-6 fős skinhead társaság közrefogta őket, majd szidalmazni

kezdtek őket, ezt tettelegesség követte, és egyikük arcon vágta az egyik fekete férfit, és társát boxerrel mellbe vágta közülük valaki”. A motozás során a rendőrjárőr boxert nem talált, és a fekete férfiak azt állították, hogy volt egy negyedik fehér fiatal is, és az ütött a boxerrel, majd elmenekült, amikor megjelent a rendőrjárőr. A fehér fiatalok tagadták, hogy lett volna negyedik társuk, és a boxert kitalálásnak nevezték.

- A későbbi vallomásukban a fekete férfiak már csak azt állították, hogy a negyedik, elmenekült fiatal csak fenyegetőleg elővette a boxert, de azzal nem ütött. Módosították annyiban is később a helyszínen tett vallomásukat, hogy most már csak egy rúgásról beszéltek, és tagadták, hogy második rúgásról is beszéltek volna, és nyelvi problémának vélték, hogy ez került be korábban a jegyzőkönyvbe. Bár a jegyzőkönyvekből kiderül, hogy mivel már tíz éve itt élt, és orvosként praktizált az ezt állító fekete férfi, kifejezetten elhárította a kérdést a tolmács szükségességéről a kihallgatása előtt. (A helyszínt rekonstruálva, és a fehérek és a feketék testhelyzetét pontosan felmérve, időközben valószínűtlenné tették az elhelyezkedésük folytán, hogy második rúgás érthette őket.)
- A két évig húzódó eljárás, bírói tárgyalások során az a helyzet állt elő, hogy a mindkét oldalról elismert pofozkodást és tettelegességet csak a vádlottak és a sértett fekete férfiak egymással polárisan szembenálló állításai bizonyították, de semmilyen bizonyíték nem került elő egyik oldal állítása alátámasztására sem, és az egyetlen kívülálló tanú a civil ruhás rendőr már csak a szétválasztásban vett részt, és ő eközben tulajdonképpen már csak védeni tudta a fehér “gyereket” a két méteres feketékkel szemben.

E tényállás háttéréből szemlélve az ügyész eljárásából a következők emelhetők ki. Noha az egyetlen külső tanú, a civil ruhás rendőr tanúvallomása a következő volt: “Elöttem semmiféle olyan kijelentés nem hangzott el, mely a bőr színére vonatkozott, vagy más, esetleg sértő kifejezés lett volna, a fiúk a jelenlétemben ilyet nem tettek”. Tehát ennek ellenére az ügyész bizonyítottnak látta a bomberdzsekit viselő, rövid hajú fiatalok faji gyalázkodását. Ezen túl, noha a fekete férfiak csak az első vallomásukban állították, hogy őket boxerrel is megütötték, és ezt később többször csak úgy adták elő, hogy “fenyegetésképpen kivette egyikük a boxert, de azzal nem ütött”, ennek ellenére az ügyész még az elsőfokú ítélet kihirdetése előtt is azért kérte súlyos büntetés kiszabását, mert “boxerrel mellbe vágta a fekete sértettet”.

A két ülnök jelenléte mellett döntő tanácselnök bírónak a külső tanúkkal vagy tárgyi bizonyítékokkal alá nem támasztott büntetőügyben - melyben a vádirat szerint garázdaság büntetében kellett döntenie - a következő érv segített az állásfoglalásban: “Az ügyben a sértett-tanúkat igazmondási kötelezettség terhelte, míg ez nem vonatkozott a terheltekre. Ebből következően nagyobb bizonyító erőt tulajdonított a bíróság a tanúk vallomásainak. Ugyanakkor a sértetti tanúvallomások is ellentmondásosak voltak, ami magyarázható az időmúlással, valamint azzal, hogy a nyomozati szakban nem került sor tolmács igénybevételére” ( lásd: 6 B.



41/1995/7. Sz. Főv. Bír. ítélet indokolás 7. oldalán). Ez alapján megállapította, hogy a vádlottak elkövették a vád tárgyát képező bűncselekményt, és tekintettel arra, hogy korábban büntetve nem voltak, és összeütközésbe soha nem kerültek a törvénnyel, próbára bocsátotta mindhárom vádlottat.

Az ügyész súlyosbításért fellebbezett az ítélethirdetés után, a legfőbb ügyészségről pedig fenntartva ezt a fellebbezést, a következő észrevételt fűzték a fellebbezés érveihöz: "A jogkövetkezmények alkalmazásánál az elsőfokú bíróság nem értékelte a súlyának megfelelően azt a körülményt, hogy a vádlottak külföldiek bántalmaztak a borszínük miatt, ami rontja Magyarország nemzetközi megítélését (...) így javasolom mindhárom vádlottal szemben a végrehajtásában felfüggesztett szabadságvesztés kiszabását". A másodfokú bírakra nehezedő ügyészi nyomás még csak fokozódott a tárgyalás folyamán, mert itt az ügyész - megismételve a Magyar Köztársaság érdekeinek sérelmét az enyhe ítélet miatt - így fokozta a vádindítványát: "Indítványozom, hogy a bíróság mindhárom vádlottra végrehajtandó, rövid tartamú szabadságvesztést szabjon ki". A Legfelsőbb Bíróság másodfokú tanácsa azonban - elhárítva mind a védők felmentésre irányuló, mind az ügyész súlyosbítást kérő indítványát - helybenhagyta az elsőfokú ítéletet.

Ennyi az ügy, és miután átolvastam a per lefolyását, feltettem a kérdést egy magas rangú büntetőbírónak, hogy lehet-e a gyakorlat szerint elítélni ma valakit Magyarországon olyan esetben, amikor az egyetlen bizonyíték csak a sértett tanúvallomása, ő úgy válaszolt, hogy ez teljes mértékben kizárt ma nálunk. Ha a sértett állítását valamilyen külső bizonyíték vagy egyéb tanúvallomás nem erősíti meg, akkor a vádlottat fel kell menteni.

Még epilógusként a Fővárosi Bíróság évkönyvéből - több évvel e per után - a következő méltatás kívánczik ide, az ügy bírójának ekkori kitüntetése kapcsán: "Számos nagy hírű per fűződik a nevéhez, melyek közül az úgynevezett "skinhead-perek" tették igazán ismertté (...). Ekkor figyeltek fel rá igazán, elsősorban a nagykövetségek és a sajtó részéről kísérték figyelemmel tárgyalásait. 1994-ben Németországban, 1995-ben az Amerikai Egyesült Államokban kapott lehetőséget hasonló ügyek és az emberi jogi, valamint a kisebbségi jogi kérdések tanulmányozására".

*A 136-IV.-917/1993. sz. büntető ügy* a kormányváltások ügyészségre és rendőri nyomozati munkára tett hatását mutatja kivételes tisztasággal. Ennek kapcsán jelezni kell, hogy a 25 vizsgált büntetőügy közül négy esett abba a kategóriába, ahol valamilyen oldalról politikai felhangot kapott az ügy, vagy az elkövetett cselekmény jellege miatt, vagy a cselekedet elkövetőjének személye miatt. Ennél a négy ügynél állandóan felbukkant annak fontossága, hogy milyen politikai erők vannak kormányon, illetve a kormányon levő koalíció erőinek belső harcai hogyan állnak, és hatnak ki ezek az ügyészség és a rendőrség nyomozati és vádemelési munkájára.

Mindezt a kormányváltások utáni álláspontváltozások egy-egy ügyben az ügyészség és a rendőrség részéről tették markánsan észlelhetővé. Emellett jelezni kell azt is, hogy fellebbezés és felülvizsgálati eljárás léte esetén egy-egy ügyben, amikor több bírói szintet is bejárt az adott ügy - a jogi kérdésekben való állásfoglalások különbözőségein túl - a személyes ide vagy odahúzás is láthatóvá vált egy-egy bíró részéről. (Például, mint a következő ügyben majd látni fogjuk, az első fokon eljáró bíró olyan mértékben kedvezett a vádlottnak egy engedély megadásánál, hogy a látszat fenntartása kedvéért még a védőügyvéd kérte módosításra és az engedély kisebb időtartamra megadására, majd miután ez a bíró felmentette a vádlottat, a másodfok végrehajtandó szabadságvesztést szabott ki rá.)

Ez a mostani büntetőügy a rendszerváltás első éveinek tipikus esete volt, ahol a nagy állami vállalatok vezérkarai az állami vagyon lebontása és privatizálása menetében saját kis kft-eket, részvénytársaságokat létrehozva, ügyes trükkökkel a sok milliárdos, százmilliós értékű állami vagyonrészeket úgy juttatták magánkézbe, hogy közben az eladási ár nagy részét - e kis kft-k közbeiktatásával - maguk tartották meg. Ezzel a megoldással az állami vállalatok vezérkarai váltak a legnagyobb hazai tőkésekké, míg az új rendszer állami kormányzata és a költségvetés sok-sok milliárdos bevételtől esett el. Fontos még látni azt, hogy a "spontán" privatizáció nyertesei döntően a szocialista és a szabaddemokrata pártok támogatói között voltak megtalálhatók a '90-es évek elején, míg az első kormányt adó nemzeti-konzervatív erők támogatói közül lényegében hiányoztak ezek. Ez a konstelláció az ügy menetében - a kormányváltások kapcsán - állandóan megmutatkozott az ügyészség és a rendőrség hozzáállásában.

A konkrét ügyre rátérve ki kell emelni, hogy 1992-től 1998-ig tartott ez az ügy, és előzménye 1990-ig nyúlik vissza. Ekkor a legnagyobb magyar építőipari vállalat vezetőinek egy része egy kft-t hozott létre, melybe ők mint magánszemélyek egy igen kis tőkével beszálltak, és további társként a saját maguk által vezetett nagyvállalatot vették be, és ennek nevében bevitték a nagyvállalat egy értékes telephelyét a kft-be, melynek nagy részét már több éve bérelte egy magáncég. Mivel ez a magáncég szerette volna jutányosan megvenni az általa részben már bérelt telephely egészét, a nagyvállalat vezetői által létrehozott kft maga is alapított egy másik kft-t, és ebbe a nyolc nagyvállalati vezetőn kívül tag lett az elsőnek alapított kft is, amely bevitte apportként a telephelyet ebbe a kft-be. Néhány hét múlva a nyolc nagyvállalati vezető magánszemély 18 millióért kivásárolta a telephelyet az eredeti kft-tagtársuktól - mely telephely pedig a láncban egy láncszemmel hátrébb álló állami nagyvállalat tulajdona volt eredetileg -, és e kivásárlással 100%-os magáncéggé alakultak át. Ezután néhány héttel 60 millió forintért eladták a telephelyet az azt bérlő magáncégnek, és az így kapott 60 millió forintból fizették ki a 18 milliót, amiért ők vették meg a telephelyet néhány hétre. A vevő magáncég még így is nagyon jól járt az értékes telephellyel, és a nyolc nagyvállalati vezető 42 millió forintot tudott szétosztani egymás között, míg az állami költségvetésbe csak 18 millió jutott.

Az említett nagyvállalaton belül köztudomású volt a vállalati vezérek tranzakciója, így a szakszervezeti titkár közérdekű bejelentésként a BRFK Gazdasági Rendészetéhez fordult, illetve megtette ezt a feljelentést az ipari tárca felé is. Ettől kezdve két szembenálló fél alakult ki az állami szervek között. A gazdasági rendőrség egy ideig vizsgálta az ügyet, majd megállapította, hogy itt nem történt bűncselekmény, és 1992 márciusában megszüntette a nyomozást. A szocialista nagyvállalati vezérkarok ilyenfajta privatizációjával szembenálló nemzeti-konzervatív kormány ipari minisztériuma azonban panaszt emelt a megszüntető határozat ellen a Fővárosi Ügyészségen, és az, helyt adva ennek, utasította rendőrséget a nyomozás továbbfolytatására. A kívülről ösztökélt rendőrség egy ideig ismét felvette a nyomozást, de néhány hónap múlva 1992 szeptemberében ismét határozott a nyomozás megszüntetéséről. Az ipari minisztérium jogi részlege azonban résen volt, nem hátrált, és ismét panaszt tett a főügyészségen, amire az, helyt adva neki, ismét elrendelte a nyomozás továbbfolytatását, de már közvetlen ügyészi felügyelet alá vonta a nyomozást a rendőrség obstrukciójának kivédésére. A nyomozásra kényszerített rendőrtisztek ekkor már taktikusabban viselkedtek, nem tagadták meg a nyomozás továbbfolytatását, de húzták az ügyet egészen másfél évig, és végül 1994 júniusában vádemelési javaslattal áttették az ügyet a főügyészségre. (Időközben a korábbi legnagyobb magyar építőipari nagyvállalat csődbe ment, és felszámolás alá került). Végbement azonban azóta a kormányváltás is, a szocialisták kerültek kormányra, és ez rögtön érezhetővé vált az ügyészség "hangulatváltásában". Most már nem ők ösztökélték az ügyet előre, hanem ők rendeltek el a vádemelési javaslat nyomán pótnyomozást, ami több mint egy évig tartott, minden sürgetés nélkül, majd újabb pótnyomozást kért az ügyészség, újabb egy évre elhúzva a bírói szakba kerülést. Így már 1996 júniusában jártunk, amikor átküldte a Fővárosi Főügyészség a vádiratot a Fővárosi Bíróságra. De hogy már maga ez az átküldés is inkább csak kényszerből történt - a dolgoknak haladni kellett a már elkezdett úton -, azt mutatja az is, hogy amikor 1998 márciusában a bíróság ítélelhirdetésig jutott el, a tárgyaláson résztvevő ügyész maga javasolta, hogy mentsék fel a vádlottakat a bizonyítottság hiánya miatt. A bíró azonban még az ő kérelmén is túlment, és bűncselekmény hiánya miatt mondta ki a felmentést. Soha nem tudjuk meg, hogy a néhány hét múlva ismét bekövetkezett kormányváltás a nemzeti-polgári erők felé miként hatott volna ki az ügyészség álláspontjára ebben az ügyben...

*Az 1. B. 309/95. sz. büntető ügy a politikailag motivált négy vizsgált eset közül a leginkább megmozgatta a közvéleményt formáló tömegmédiákat, és címdalakon közöltek részleteket az ügy előrehaladásáról. Két bankár bűnperéről volt szó ebben az ügyben, akik felerészben állami, felerészben magántulajdonban lévő banknak voltak a vezetői, és mintegy 8-9 milliárd Ft körüli állami pénzt úgy helyeztek ki E-hitel formájában magáncégeknek, hogy ennek negyedét-harmadát saját tulajdoni körükbe visszaforgatták. Ezek a cselekmények 1994 végéig zajlottak, még az első kormányciklus idején, és a már ekkor megindult titkos nyomozás a*

szocialista-szabaddemokrata kormány idején jutott el a nyílt nyomozati és a vádemelési szakaszhoz. A politikai konstelláció fontos összetevője volt, hogy a két bankár egyértelműen a szabaddemokrata koalíciós társ háttér támogatói csoportjaihoz tartozott, és az ezek által finanszírozott balliberális irányultságú tömegmédiák a legerőteljesebben védtek őket a közvélemény előtt, ezzel szemben a szocialista miniszterelnök és környezete, illetve ezek gazdasági háttércsoportjai éppoly keményen elítélték e pénzügyi csoportokat, és szembeálltak velük, mint a nemzeti-polgári kormányok idején is megfigyelhető volt. Ez a kormánykoalíció belüli és mögöttes társadalmi-gazdasági csoportjaik közötti szembenállás sok mindent megmagyaráz e büntető ügy lefolyásában.

A szóban forgó bankot, melynek két vezetője ellen folyt ez a büntetőeljárás, kis szövetkezetek alapították 1985-ben a földművelési tárca részvétele mellett, és 1987-ben alakult át kereskedelmi bankká. Ám míg a többi banknak nagyvállalati ügyfelek fix csoportjai voltak, ez az új bank bizonytalan pénzügyi és szervezeti háttérrel rendelkezett. E banknak lett vezérigazgatója 1990-ben a pénzügyi tárca addigi miniszterhelyettese, és a viszonylag szegény bank iránt 1991 végén kezdett érdeklődni a későbbi büntetőper másik vádlottja, amikor megjelent az Egzisztenciahitelről szóló kormányrendelet. Ez a hitel a hazai vállalkozók tőkehiányát kívánta csökkenteni, és számukra az állami vagyon privatizációjában való részvételt elősegíteni úgy, hogy a Magyar Nemzeti Bankon keresztül költségvetési milliárdokat 4%-os hosszúlejáratú kamatra tett hozzáférhetővé számukra. Sok milliárdos költségvetési összeg állt e célra rendelkezésre, de a lebonyolító kereskedelmi bankok óvakodtak e hitel kihelyezésében való részvételtől, mert 15 éves volt a hitel futamideje, és kockázatosnak tűnt számukra a hitel visszatérítése, az ezt felvevő adósok későbbi talpon maradása, vagy esetleg a pénzek eltüntetése részükről, ami végül az ő csődjükhöz is vezethetett volna.

A későbbi büntetőper másodrendű vádlottja, a már évtizedek óta külföldön élő magyar-ausztrál állampolgár, külföldi pénzügyi körök képviselőjeként, azonban fantáziát látott ebben, és brókereken keresztül felvásárolta a viszonylag szegény bank részvényeinek 51%-át, ezzel többségi tulajdonossá vált 1992 elejére. Ekkor a bank elnöke lett, és a másik vádlottal, a vezérigazgatóval együtt az egész bank központi tevékenységévé tették az E-hitel kihelyezését. Alig másfél milliárd volt a bank mozgatható tőkéje (és ez is már az állami pénzekből finanszírozott bankkonszolidáció révén jött létre, mert az állami részvétel elérte a bankban a 30%-ot, ami a konszolidációs pénzek megkapásának előfeltétele volt), de ennek többszörösét, 8-9 milliárd forintot helyeztek ki 1993 végéig E-hitel címen, amit a Magyar Nemzeti Bank biztosított számukra. Ám ennek során az állami pénzeknek negyedét-harmadát (esetenként eltérő mértékben) visszajuttatták a külföldi főreszvényes által ellenőrzött magáncégekbe, így a főreszvényes két milliárdot meghaladó tulajdonrészhez jutott közvetlenül, messze meghaladva a bankba befektetett összeget. Ugyanis a hitelt felvenni szándékozókkal közölték, hogy csak akkor számíthatnak hitelre tőlük - és adják ki számukra a hitelígérvényről az

igazolást, ami a privatizációban való részvételük előfeltétele volt -, ha vállalják, hogy a hitelből számukra privatizált tulajdon egy meghatározott részét az általuk megjelölt magáncéghez adják át.

A gazdasági rendőrség - miután már több hónapja titkos nyomozást folytatott – 1994 novemberében csapott le a bankra, a TV-kamerák kereszttüzébe megbilincselve vitték el a két bankvezért, majd néhány napi őrizet után szabadon engedték őket. A vádiratot 1995 május végére nyújtották be a Fővárosi Bíróságra. A vádirat leírja az előbb már vázolt banki gyakorlatot, hogy a vádlottak csak annak a vevőnek nyújtottak E-hitelt, aki előzetesen vállalta a megszerzett állami tulajdon egy részének átadását az általuk megjelölt magáncéghez, és ezt bűncselekmény elkövetésének minősíti. A nagy médianyilvánosság mellett folyó perben a tömegművelés egyértelműen a vádlottak mellé álltak, és többször idéztek banki szakértőket, hogy a vádlottak cselekményei szükségesek voltak a kihelyezett hitelek védelme és a bank biztonsága érdekében. Nem került azonban nyilvánosságra az a tény, amit pedig az ügyészség állandóan hangsúlyozott, hogy az állami tulajdon negyedét-harmadát visszaszerző kis magáncégek nem a bankhoz tartoztak, hanem közvetlenül a bank főrésztulajnosához. Így a bank az adósok felé, nem fizetésük esetén, ugyanúgy védtelen maradt, mintha nem is éltek volna ezzel - a főrésztulajnos gazdagító - megoldással. Az ügyészség azonban ezt állandóan kiemelte, és ez volt a vád egyik legfontosabb tényálláseleme. (A közvélemény így végig félre volt tájékoztatva az ügy érdemét illetően.)

A Fővárosi Bírósághoz 1995 végén érkezett meg az ügyészség vádirata, de a két ülnök részvétele mellett folyó ügyben a tanácselnök bíró csak 1996 április második felére tűzte ki a tárgyalási napokat. A többmilliárdos ügyben, amelyben a vádlottakat akár tíz év szabadságvesztésre is lehetett ítélni a büntető rendelkezések szerint, a bíró a legkészségesebben teljesítette a vádlottak külföldre utazási kérelmét hónapokra, több esetben. Az iratok tanúsága szerint néha már aznap, amikor a védőügyvéd beadta a kérelmet erre, megadta a bírónő az engedélyt. Volt olyan – 1996. november 3-án -, hogy úgy adta meg a kiutazási engedélyt a bírónő, hogy az meghatározatlan időre szól, bármeddig külföldön maradhatott volna az egyik vádlott, és a védőügyvéd maga írt újabb kérelmet, hogy elég lesz csak december 10-ig a kiutazás, és kéri az eredetileg engedélyezett időtartam korlátozását...

Végül 1997 júniusában került sor az ítélelhirdetésre, sok tárgyalás után, melyeken az ügyész konzekvensen igyekezett mindvégig bizonyítani, hogy itt a jogszabályi rendelkezések megsértésével bünszövetségben és üzletszerűen elkövetett vesztegetés büntetettét valósította meg a két bankvezér-vádlott. A bírónő azonban felmentette a vádlottakat azzal az érveléssel, hogy bár a cselekmény kimerítette a törvényi tényállást, ám a konkrét esetben nem volt semmilyen fokban társadalomra veszélyesség. Ez pedig a bűncselekmény elkövetésének előfeltétele, így bűncselekmény elkövetésének hiánya miatt mentette fel a vádlottakat.

A Fővárosi Főügyészség fellebbezett az ítélet ellen, és 1998. április 30-án a Legfelsőbb Bíróság másodfokon ítéletet hirdetett az ügyben. Ebben bűnösnek mondta ki mindkét vádlottat a vádiratnak megfelelően, és az elsőrendű vádlott-vezérigazgatót két év letöltendő börtönbüntetésre, a másodrendű vádlottat, a külföldi pénzügyi körök emberét, másfél év felfüggesztett börtönbüntetésre ítélte. A védőügyvédek felülvizsgálati kérelmet adtak be, de 1999 áprilisában az LB felülvizsgálati tanácsa helybenhagyta a másodfokú ítéletet.

## Irodalom

- Aarnio, A. (1991): Statutory Interpretation in Finland. In: MacCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 123-170 p.
- Aarnio, A. (1997): Precedent in Finland. In: MacCormick/Summers(ed.) Interpreting Precedents. A Comparative Study. Dartmouth. 65-192 p.
- Abel, Richard L. (1989a): Torts. In: Kayris, D. ed. (1989): Politics of Law. Pantheon Books, New York. 326-349.
- Abel, Richard L. (1989b): Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil. Modern Law Review (52) 285-325.
- Abernathy, Glenn M. (1983): Should the United Kingdom Adopt a Bill of Rights? Am. Jour. of Comp. Law 431-479
- Abraham, Henry J. (1980): The Judicial Process. Fourth Edition. New York/Oxford: Oxford Univ. Press
- Adomeit, Klaus (1986): Objektivität im Recht. In: ders.: Normlogik-Methodenlehre - Rechtspolitologie. Duncker und Humblot, Berlin. S. 199-204
- Alexy, Robert (1978): Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt/Main: Suhrkamp
- Alexy, R. (1979): Zum Begriff des Rechtsprinzips. Rechtstheorie Beiheft 1. 59-87
- Alexy, R. (1985): Theorie der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos
- Alexy, R./Ralf Dreier (1991): Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MacCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 73-122 p.
- Alexy, R./Ralf Dreier (1997): Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCormick/Summers(ed.) Interpreting Precedents. A Comparative Study. Dartmouth. 17-64 p.
- Allen, Charles K. (1964): Law in the Making. Seventh Edition. Oxford: Clarendon Press
- Amsterdam, Antony G. (1984): Clinical Legal Education as a 21st Century Experience. In: Journal of Legal Education. 1984 (Vol. 34.) No. 4.
- Armstrong, Scott J. (1990): Peter Huber's Liability: The Legal Revolution. (Internet).
- Ancl, Marc (1976): Some Recent Reforms in the French Legal Profession. In: D. N. MacCormick (ed): Lawyers in their Social Settings. Edinburgh: Green
- Anderson, Kerby (1991): Liability Insurance Crisis. In: Internet: <http://www.probe.org/docs/liability.html>
- Anka Tibor/Bóka Judit (2000): Mediáció, egyeztetés, választottbíráskodás. In: Közjegyzői Közlöny 2000/7-8. 12-15.p.
- Ansaldi, M. (1996): Gossip and Metamorphosis. Michigan Law Review 1996/6. 1517-1545 p.
- Arnaud, Jean-André (1973): Essai d'analyse structurale du Code Civil français. Le regle du jeu dans la paix bourgeoise. Libraire Generale de Droit et de

- Jurisprudence. R. Pichon et R. Durand-Auzias. Paris.
- Badó Attila (1992): Bevezetés a precedensjogba. Jogtud. Közlöny 1992/6.
- Bálint Viktor (2001): Ügyvédképzés Japánban. Figyelő 2001 aug. 29.
- Ballweg, Ottmar (Hrsg) (1982): Rhetorische Rechtstheorie. F. S. für T. Viehweg. Freiburg/München: Verlag Karl Alber.
- Bándi Gyula (2000): A közvetítés (mediáció) jogi szabályozásának továbbfejlesztése. In: Jogtud. Közlöny 2000/1. 11-19.p.
- Bankowski, Z./ R. S. Summers (1997): Rationales for Precedent. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 481-502 p.
- Barton, Brent (1997): Judicial Reform in Latin America. (Internet)
- Beadsley, James (1986): Proof of Fact in French Civil Procedure. In: The American Journal of Comparative Law. 1986 (Vol. 34.) 459-486.
- Behrens, Peter: A jog egy gazdasági elméletének szempontjai. In: Sajó/Harmath (szerk.): A jog gazdasági elemzése. KGJ. K. 1984. 80-95.
- Békés Imre (1986): Dogmatika és büntetőpolitika. Jogtud. Közlöny 1986/12. 593-597.
- Ben-David, Joseph (1971): The Scientist' Role in Society. A Comparative Study. Englewood/New Jersey: Prentice-Hall
- Berg, Detlef (1988): Zur Rolle der Staatsanwalt in der DDR. Deutsche Richterzeitung (DRiZ) (66) 17-19.
- Berger, Johannes (1987): Wie 'systemisch' ist die Theorie sozialer Systeme? S.129-152 In: Haferkamp, M./M. Schmid (Hrsg): Sinn, Kommunikation und Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- Berghuis-van der Wijk, Irma (1982): Vermitteln oder Prozessieren? Faktoren, die die Häufigkeit gütlicher Streitbeilegung bei Rechtsanwälten beeinflussen. In: Blankenburg/Gottwald/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 65-93.p.
- Bette, Karl-Heinz (1984): Zum Verhältnis von Spitzensport und Wirtschaft in der modernen Industriegesellschaften. In: K. Heinemann (Hrsg): Texte zur Ökonomie des Sports. (Verlag Karl Hofmann) S. 72-91. Schondorf
- Beyme, Klaus von (1973): Die parlamentarischen Regierungen in Europe. Piper Verlag,
- Bickel, Alexander (1962): The Least Dangerous Branch. New Haven: Yale University Press.
- Bittner, Claudia (1988): Recht als interpretative Praxis. Duncker & Humblot. Berlin.
- Bíróválasztások: 1977-es, 1981-es, 1988-as, 1998-es és 1999-es évfolyamok számai. Blankenburg, E./W. Kaupen (Hrsg.)(1979): *Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe*. Westdeutscher Verlag. Opladen.
- Blankenburg, Erhard (1979b): Rechtshilfebedürfnis und Rechtsberatung – Theoretische Überlegungen zur rechtspolitischen Diskussion. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): *Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich*. Westdeutscher Verlag, Opladen. 231-249.
- Blankenburg, G./H. Treiber (1982): Interpretationsherrschaft über die Grundrechte als Konkurrenzproblem zwischen Rechts- und (empirisch orientierten)



- Sozialwissenschaften. S. 9-39 in: Hassemer, W. (Hg) 1984: Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Baden-Baden: Nomos.
- Blankenburg, Erhard (1987): Strategien für den Anwaltsstand im Rechtsvergleich. Anwaltsblatt (37) 204-209.
- Blankenburg, E./W. Kaupen (Hrsg.)(1988): Prozessflut? Bundesanzeiger Verlag. Bonn.
- Blankenburg, Erhard (1998): Pattern of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany. In: The American Journal of Comparative Law. 1998 No.1. 1-41.p.
- Blankenburg, Erhard (2001): Legal Culture in Five Central European Countries (Manuscript).
- Blegvad, Britt-Mari/A. Wulff (1988): Prozessflut allerorten? In: Blankenburg (Hrsg.): Prozessflut? Studien zur Prozessstatistik europäischer Gerichte in historischen Zeitreihen und im Rechtsvergleich. Bundesanzeiger. Bonn. 115-158.
- Bócz Endre (1991): Jogállamiság, jogértelmezés - egy törvényességi határozat tükrében. Magyar Jog 1991/6. sz. 355-359. p.
- Bónis György (1972): A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat- és Közép-Európában. Akadémiai Kiadó. Budapest.
- Boulanger, Christian (2002): Europeanisation through Judicial Activism? The Hungarian Case (Internet)
- Bozóki András (1996): A Demokratikus Charta története. In: Beszélő 1996. 4. szám. 64-75.o.
- Böckenförde, E.-W.(1974): Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. Neue Juristische Wochenschrift 1529-1536
- Böckstiegel, H. (Hg.)(1992): Schiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von Politik. Wirtschaft und Gerichtsbarkeit. Baden-Baden. Nomos.
- Bragyova András (1992): Formai és tartalmi egyenlőség a jogban. Világosság 1992/1.
- Braum, S./Varwig, M./Bader Ch. (1999): Die "Privatisierung des Strafvollzugs" zwischen fiskalischen Interessen und verfassungsrechtlichen Prinzipien. In: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe. 1999 Heft 2. 67-73.p.
- Brautigam, R./B. Owen/J. Panzar (1984): An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems. In: Law and Contemporary Problems. 173-185 p.
- Buckey, Walter (1967): Sociology and Modern Systems Theory (Prentice-Hall Inc.) Englewood Cliff, New Jersey
- Bussef, Daniel (2000): Textualism' Failures: A Study of Overruled Bankruptcy Decision. In: Vanderbilt Law Review 2000 (Vol. 53.) 887-946.p.
- Bydlinski, F./ Krejcietz (Hg) (1989): Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht. Wien.
- Caenegem. Raoul C. (1980): Das Recht im Mittelalter. In: Fikentscher, W. (Hg.): Entstehung und Wandel rechtlichen Traditionen. Alber Verlag. 1980. München. 609-667.p.
- Calabresi, Guido (1982): A Common Law for the Age of Statutes.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1968): Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Duncker&Humblott, Berlin
- Canaris, C.-W. (1984): Grundrechte und Privatrecht. Archiv für civilistische Praxis 201-246.

- Canaris, C.-W. (1989): Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. Jur. Schulung 162-169.
- Carbonnier, Jean (1994): Sociologie juridique. Quadriga/Presses Universitaires de France. Paris.
- Cardozo, Benjamin N. (1921): The Nature of Juridical Process. New Haven: Yale Univ. Press.
- Certoma, Leroy G. (1985): The Italian Legal System. London: Butterworths
- Chayes, Abraham (1982): Foreword: Public Law Litigation and The Burger Court. In: Harvard Law Review. 1982 (Vol. 96) 4-60.
- Clark, David S. (1990): Civil Litigation Trends in Europe and Latin America Since 1945: The Advantage of Intracountry Comparisons. In: Law and Society Review 1990 (Vol. 24.) No.2. 549-570.
- Coase, Ronald H.: A társadalmi költség kérdése. In: Sajó/Harmathy (szerk.): A jog gazdasági elemzése. KGJ. K. 1984. 202-244.
- Coase, Ronald (1993): Coase on Posner on Coase. In: Journal of Institutional and Theoretical Economics. 96-98. p.
- Cohen, George M. (1985): Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench. In: University of Pennsylvania Law Review. 1985 (Vol. 133.) NO. 5. 1117-1166.
- Coing, Helmut (1960): Rechtspolitik und Rechtsauslegung in hundert Jahren deutscher Rechtsentwicklung. In: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages. Band 2. B1-8.
- Coing, Helmut (1973): Bemerkungen zu dem Modellentwurf für die einstufige Juristenausbildung in Hessen. JuS 1973.
- Coing, Helmut (1996): A jogfilozófia alapjai. Osiris. Budapest.
- Colinvaux, Roger (1997): What is Law? A Search for Legal Meaning and Good Judging Under a Textualist Lens. In: Internet: <http://www.law.indiana.edu/ilj/v72/no4/colinvaux.html>
- Comparative Statistics (2002): Comparative Statistics About Equal Justice in Different Countries. In: Internet, <http://www.equaljusticelibrary.org.cnhost.com/international/comparative.asp>
- Cornils, Karin (1982): Die Richterausbildung in Skandinavien. DRiZ (60) 129-135
- Crane, Diana (1972): Invisible Colleges (The University Press of Chicago) Chicago
- Czuglérné Iványi Judit (1990): A munkajogi felelősség elméleti problémái. ELTE ÁJK Kiadványa. 95.p. Budapest.
- Csapody Tamás (szerk.): A polgári engedtlenség az alkotmányos demokráciákban. Twins Konferencia-Füzetek. Budapest 1991.
- Csatskó Imre (1839): Bevezetés a természetjogba és a tiszta általános természeti jog. Győr.
- D. J. (1998): Kollektív szerződések. A munkaadók nem szívesen kötelezik el magukat. Munkaadók Lapja. 1998/3. Internet: <http://www.cegnet.hu/munkaado/9906/ml52.htm>
- Dannemann, Gerhard (1996): Access to Justice: an Anglo-German Comparison. In: European Public Law. 1996. No. 2. 271-292.
- David, Rene (1977): A jelenkor nagy jogrendszerai. Budapest: Közgazd. és Jogi K.
- Dawson, John P. (1968): The Oracles of the Law. Ann Arbor: The Univ. of Michigan Law

School

- Deák Dániel (2000): A helyes adótörvényhez való jog. In: Jogtudományi Közlöny 2000/5. 168-176.
- Denning, Lord (1983): The Closing Chapter. London: Butterworth
- Dévényi Norbert (1999): "Jog vita nélkül": közjegyzőség és mediáció Ausztriában. In: Közjegyzői Közlöny. 1999/9. 21.23.p.
- Diderichsen, Uwe (1966): Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudence. NJW, S. 694-699.
- Dilcher, Gerhard (1980): Der Deutsche Juriestentag 1960 bis 1980. Zeitgeschichte und Rechtspolitik. München: Beck Verlag.
- Dodson, Michael J./Jackson, D. W. (2000): Democratic Transition in Central America: Justice Reform and the Civic Culture. (Internet)
- Downs, Anthony (1962): An economic theory of political action in a democracy. In: Landmarks in political economy, (Chicago-London) 559-583.
- Dreier, R. (1986): Der Begriff des Rechts. Neue Jur. Wochenschrift 890-896.
- Dreier, R. (1988): Konstitutionalismus versus Legalismus. In: Festschrift für W. Maihofer. Berlin/New York: Duncker & Humblott.
- Dudás Gábor (1997): A bírói jogértelmezés lehetőségei a magyar közigazgatási bíráskodásban. Magyar Közigazgatás 1997/10. 599-607. p.
- Duguit, Léon (1920): Objectiv Law. Columbia Law Review. 201-211.
- Duxbury, Neil (1991): The Theory and History of American Law and Politics. In: Oxford Journal of Legal Studies. 1991/4. 589-597 p.
- Dworkin, Ronald (1977a): Is Law a System of Rules? in: Dworkin (ed.): The Philosophy of Law, (Oxford University Press) London 65-89.
- Dworkin, Ronald (1977b): Taking Rights Seriously. (Cambridge, Mass. and London, 1977)
- Dworkin, Ronald (1987): Legal Theory and the Problem of Sense. in: Ruth Gavison (ed): Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart) Oxford. Clarendon Press.
- Edwards, Harry T. (1992): The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession. In: Michigan Law Review No. 6.
- Ehrlich, Eugen (1913): Grundlegung der Soziologie des Rechts. München-Leipzig: Duncker&Humblot
- Ehrlich, Eugen (1977): A jogszociológia megalapozása. In: Varga/Sajó (szerk.): Modern polgári jogelméletek. Budapest: Az MTA Állam és Jogtud. Int. Kiadványa. 64-80 p.
- Ehrlich, Eugen (1981): Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány. In: Varga Cs.(szerk.): Jog és filozófia. Budapest: Akadémia
- Ehrmann, Henry W. (1986): Comparative Legal Cultures. Englewood-Cliffs: Prentice-Hall.
- Elhauge, Einer (1991): Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? In: The Yale Law Journal (Vol. 101.) No.1. 31-110.
- Epp, Charles R. (1998): The Rights Revolution. Chicago and London. Chicago University Press.
- Eskridge, William N. Jr. (1996): Dynamic Statutory Interpretation. Cambridge,

- Mass, Harvard University Press.
- Esser, J. (1956): Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen: Mohr.
- Esser, Josef (1970): Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Athenäum, Frankfurt,
- Esser, Josef (1972): Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens (In: Archiv für civilistische Praxis, 1972. 2-3. Heft 97-103.p.)
- Esser, Josef (1972b): Metodik des Privatrechts. In: Methoden der Rechtswissenschaft. Teil I. München/Wien: R./Oldenburg Verlag
- Esser, Josef (1974): Dogmatik Zwischen Theorie und Praxis In: F.Baur/J.Esser/F.Kübler (Hrsg.): Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen (FS für L.Raiser zum 70. Geburtstag) J.CB.Mohr (Tübingen, 1974. 517-541.p.)
- Eulau, Heinz/J.D. Sprague (1964): Lawyers in Politics. New York: Bobbs-Merril.
- Falke, Josef/V. Gessner (1982): Konfliktnahe als Maßstab. In: Blankenburg/Gottawld/Strempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 289-315.p.
- Federico, Giuseppe Di (1976): The Italian Judicial Profession and its Burocratic Settings. In: MacCormick (ed): Lawyers in their Social Settings. Edinburgh:Green.
- Feinberg, Wilfred (1984): Constraining "The Least Dangerous Branch": The Tradition of Attacks on Judicial Power. In: New York University of Law Review. (Vol. 59.) NO. 2. 252-276.
- Feldman, David (1992): Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective. In: The Modern Law Review. 1992. NO. jan.
- Fenyvesi Csaba (2001): A kirendelt védői intézmény problematikája. In: Jogelméleti Szemle 2001/2. sz.
- Ferrarese, M.-R. (2001): Penal Judiciary and Politics in Italy. In: Global Jurist Topics. 2001/2.
- Fikentscher, W. 1975: Methoden des Rechts. (Band I.: Romanischer Rechtskreis; Band II. Anglo-amerikanischer Rechtskreis; Band III. Mitteleuropäischer Rechtskreis) Tübingen: Mohr.
- Fjelstad, Kristen (2000): Just the Facts Ma'am - A Review of the Practice of the Verbatim Adoption of Findings of Fact and Conclusions of Law. In: Saint Louis University Law Journal. 2000, (Vol. 44.) No. 1. 197-222.
- Floyd, Timothy W. (1997): Legal Education and the Vision Thing. In:(internet) <http://www.lawsch.uga.edu/-galawrev/vol31/FLOYD.htm>
- Flügge, Christoph (2000): Das Geschäft mit der Sicherheit: Moderne Technik im Justizvollzug, technische Überwachung von Menschen, Privatisierung der Strafanstalten. In: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffaligenhilfe. 2000 Heft 5. 259-262.p.
- Forsthoff, E. 1964: Rechtsstaat im Wandel. Stuttgart: Kohlhammer.
- Friedman, Lawrence M. (1990): *Opening the Time Capsule: A Progress Report on Studies of Courts Over Time.* In: *Law and Society Review* 1990 (Vol. 24) No. 2. 229-240.
- Friedman, Davis (1997): An Economic Explanation of Punitive Damages. In: <http://www.davidfriedman.com>

- Frommel, Monika (1981): Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, (Ebelsbach, Gremer)
- Fruehwald, Scott (2000): Pragmatic Textualism and the Limits of Statutory Interpretation: *Dole v. Boy Scouts of American*. In: *Wake Forest Law Review* (Vol. 35.) 973-1027.p.
- Fuchs, E. (1909): Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. Karlsruhe: Braunschen Hofdruckerei.
- Fumento, Michael (1989): Peter Huber's Liability: The Legal Revolution. In: *The American Spectator* 1989, March.
- Gabel, Peter (1996): Reification in Legal Reasoning, In: James Boyle ed. (1996): *Critical Legal Studies*. Dartmouth. Aldershot. 17-43.p.
- Gadamer, Hans-Georg 1984: *Igazság és módszer*. Budapest: Gondolat
- Gadó Gábor (2000): Eljárási igazságosság a polgári perben. In: *Magyar Jog* 2000/1. Sz. 18-41.
- Gehlen, Arnold (1977): *Az ember helye a kozmoszban*. Gondolat. Budapest.
- Geis, Norbert (1999): Schaden für unsere Rechtskultur. In: internet
- Geißler, Heiner (1978): SPD und das Recht - Verfassungsverstöße der SPD und ihre Ursachen. In: Geißler (Hg): *Recht sichert die Freiheit. Perspektiven der Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Eichholz Verlag. 109-125.
- Gellner, (1998): Das STRAR-Projekt der Bundesrechtsanwaltskammer. In: *Festschrift für Erhard Blankenburg*. Wuppertal/Bonn. 505-514.p.
- Gény, Francois (1917a): Science of Legal Method. In: *Modern Legal Philosophy Series* Vol. IX. 1-46 p.
- Gény, Francois (1917b): The Legislative Technic of Modern Civil Codes. In: *Modern Legal Philosophy Series* Vol. IX. 498-557 p.
- Gény, Francois (1981): A jogfogalom Franciaországban. Jelen állapota és jövője. In: Varga (szerk.): *Jog és filozófia*. Budapest: Akadémia.
- Gibbons, Thomas F. (1990): Anwaltschaft im Jahre 2001. *Anwaltsblatt* (40) 282-285.
- Glaser, Barney G.(1964): *Organizational Scientists: Their Professional Careers* (The Bobbs-Merril Company Inc., New York, 1964)
- Glasser, Cyril (1987): Radicals and Refugees. *The Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship*. *Modern Law Review* (50) 688-708.
- Götz, V. (1990): Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht. S. 35-90 in: *Vierzig Jahre Grundrechte*. München: Beck.
- Graglia, Lino A. (1996): It's Not Constitutionalism, it's Judicial Activism. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol 19. No. 2. 293-300.
- Greenaway, Joseph (1998): The Weintraub Lecture: Judicial Decision Making and the External Environment. In: *Rutgers Law Review*. 1998 (Vol. 51.) No. 1. 181-191.
- Grey, Thomas C. (1996): Modern American Legal Thought. In: *Stanford Law Review*. 1996.
- Grey, Thomas C. (2002): The New Formalism. (Internet).
- Grimm, D. (1982): Grundrechte und soziale Wirklichkeit. S. 41-76 in W. Hassemer (Hg): *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*. Baden-Baden: Nomos.

- Guarnieri, Carlo/Magalhaes, P. C. (2001): Democratic Consolidation, Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern Europe. In: Gunther, R./P. Nikiforos Diamandouros/G. Pasquino (eds.): The Changing Role of the State in Southern Europe. Baltimore. John Hopkins University Press.
- Günther, Hans (1973): Staatsanwaltschaft - Kind der Revolution. Frankfurt: Ullstein.
- Habermas, Jürgen (1971): A társadalmi nyilvánosság szerkezetváltozása. Gondolat Kiadó.
- Habermas, Jürgen (1973): Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik. In: uö: Kultur und Kritik. Frankfurt/Main: Suhrkamp
- Habermas, J.,(1981): Theorie des kommunikativen Handelns. Frankfurt/Main: Suhrkamp
- Habermas, J.,(1983): Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt/Main: Suhrkamp
- Habermas, Jürgen (1984): Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns. (Suhrkamp) Frankfurt/Main
- Habermas, Jürgen (1985): Der philosophische Diskurs der Moderne. (Suhrkamp) Frankfurt/Main
- Habermas, Jürgen (1988): Nachmetaphysisches Denken. (Suhrkamp) Frankfurt/Main
- Habermas, Jürgen (1991): Texte und Kontexte. (Suhrkamp) Frankfurt/Main
- Habermas, Jürgen (1992): Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Suhrkamp. Frankfurt/Main.
- Habermas, Jürgen (1993): Az állampolgárság három fogalma. Kritika 1993/4.
- Hack Péter (1998): Az ügyészség alkotmányos helyzete és az új büntető eljárási törvény. Magyar Jog 1998/8.
- Hagstrom, Warren (1965): The Scientific Community, Basic Books (Inc).
- Hammergren. Linn (1998): The Judicial Career in Latin America: An Overview of Theory and Experience. (Internet).
- Hammergren. Linn (1999): Fifteen Years Judicial Reform in Latin America: Where We Are and Why We Haven't Made More Progress? (Internet).
- Hanák Tibor (1981): Az elfelejtett reneszánsz. Bern. Az Európai Protestáns Magyar Szabadegyetem kiadása.
- Harmathy A./Sajó A. (szerk.) (1984): A jog gazdasági elemzése. KGJ. Budapest.
- Hart, H. L. A. (1961): The Concept of Law. Oxford at the Clarendon Press.
- Hartmann, Nicolai (1972): Lételeméleti vizsgálódások. Gondolat.
- Hartmann, Nicolai (1977): A teleológiai gondolkodás.
- Hassemer, Winfried (Hg) (1987): Strafrechtspolitik. Frankfurt/Main: Peter Lange Verlag.
- Häberle, P. (1975): Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Jur. Zeitung S. 279-305.
- Häberle, P. (1987): Robert Alexys Theorie der Grundrechte. Der Staat S. 135-141.
- Heck, Philipp (1968): Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzgebung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Verlag Gehlen. Berlin.
- Heck (1974): Intessenjurisprudenz und Gesetzestreue. In: Ellscheid, Günter/ Hassemer (Hg.): Intessenjurisprudenz. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt. 32-35.p.
- Heitmann, S. (1988): Bericht über einen deutsch-französischen Juristenaustausch. DriZ

- (66) 97-99.
- Heller Ágnes (1978): Az ösztönök. Az érzelmek elmélete. Gondolat. Budapest.
- Hernádi Miklós (szerk. 1984). A fenomenológia a társadalomtudományokban. Gondolat. Budapest.
- Hesse, K. (1984): Grundrechte: Bestand und Bedeutung. S. 79-106 in: E. Benda/W. Maihofer/ H.-J. Vogel (Hg): Handbuch des Verfassungsrechts Band 1. Berlin/New York: Duncker & Humblott.
- Hollander, Pavel (2000): The Role of the Constitutional Court for the Application of the Constitution in Case Decisions of Ordinary Courts. In: ARSP (Vol. 86) 2000, Heft 4. 537-552.
- Holló András/Sólyom László (szerk.): Az Alkotmánybíróság határozatai 1990.
- Horeczky Károly (1996): A nem vagyoni kártérítés jogintézménye. In: Gazdaság és Jog 1996/2. szám 13-16.p.
- Horeczky Károly/Szilágyi Dénes szerk.(1997): Civilisztikai Döntvénytár. Polgári Jog 1970-1996. HVG Orac Lap- és Könyvkiadó. Budapest.
- Horváth Barna (1926): Az erkölcsi norma természete. Budapest. Budapesti Tudományos Társaság kiadása.
- Horváth Barna (1930): A common law ideológiája és a jogismeret ideológiája. Társadalomtudomány, 1930 (Különlenyomat).
- Horváth Barna (1934) (1996): Jogszociológia. Osiris. Budapest.
- Horváth Barna (1937): A jogelmélet vázlata. Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó RT. Szeged.
- Horváth Barna (1943): Angol jogelmélet. A Magyar tudományos Akadémia kiadása. Budapest.
- Horváth Barna (1993): Forradalom és alkotmány. (Önéletrajz 1944-45-ből). Az ELTE Szociológiai és Szociálpolitikai Intézete kiadása. Budapest.
- Horváth Éva (1999): A választottbíráskodásról szóló törvény gyakorlati alkalmazása. In: Jogtudományi Közlöny 1999/7-8. 335-340-p.
- Horváth Péter (2000): A bírósági rendszer Olaszországban. Jogelméleti Szemle 2000/2.
- Huber, Peter (1988): Liability: The Legal Revolution and Its Consequences. New York, Basic Books, Inc.
- Huber, P./R. E. Litan ed.(1999): The Liability Maze: The Impact of Law In: Internet <http://www.phuber.com/huber/liabm/mazech1.html> 505-523.p.
- Hubmann, Heinrich (1956): Wertung und Abwägung. Archiv für civilistische Praxis. (155).
- Hunt, Alan (1978): The Sociological Movement in Law. The Macmillan Press LTD. London and Basingstone.
- Hunt, Alan (1986): The theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. 1986. 1-45. p.
- Ietswaart, Heleen F. P. (1988): Die Entwicklung des Geschäftsanfalls bei Amtsgericht in Frankreich. In: Blankenburg (Hg.): Prozessflut? Studien zur Prozessstatistik europäischer Gerichte in historischen Zeitreihen und im Rechtsvergleich. Bundesanzeiger. Bonn. 159-230.

- Internet (1998): Type of Lawyers in Finland. <http://elixir.bham.ac.uk/country>
- Internet (1998): Dikigoros. <http://elixir.bham.ac.uk/country>
- Jerusalem, Franz (1948): Kritik der Rechtswissenschaft. Frankfurt/Main: Verlag Josef Knecht.
- Jestaedt, Matthias (2000): Die Grundrechtsrevolution frisst ihre Kinder. In: Journal für Rechtspolitik. 2000/2. 99-113.p.
- Jhering von, Rudolf (1907): Küzdelem a jogért. Franklin Társulat. Budapest.
- Kádár Petra (1999): A kollektív szerződés. Munkaadók Lapja 1998/3. Internet: <http://www.cegnet.hu/munkaado/9803/mlcikk98032.htm>
- Karácsony András (2000): Jogfilozófia és társadalomelmélet. Pallas Stúdió. Budapest.
- Kaufmann, Arthur (1972): Rechtsphilosophie im Wandel. Köln: Athnäum
- Kaufmann, Arthur (1984): Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Köln: Carl Heynemanns Verlag
- Kaufmann, Arthur (1989): Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: Kaufmann/Hassemmer (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 5. Auflage. C. F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg 25-139.p.
- Kawamura, Gabriele (1994): Tater-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Strafvollzug? In: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffaligenhilfe. 1994 Heft 1. 3-7.p.
- Kayris, D. ed. (1989): Politics of Law. Pantheon Books, New York.
- Kengyel Miklós (2001): Magyar polgári eljárásjog. Osiris. Budapest.
- Kennedy, Duncan. (1996): Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. In: Boyle, J ed (1996): Critical legal Studies. 427-446.p.
- Kennedy, Duncan (1997): A Critique of Adjudication. Harvard University Press. Cambridge, Massachussetts.
- Kelsen, Hans (1934): Reine Rechtslehre. Leipzig/Wien: Deuticke.
- Kessler, David (1997): The Economic Effects of the Liability System. In: Hoover Essays in Public Policy. Internet: <http://www-hoover.stanford.edu>
- Kintzi, Heinrich (1988): Der unabhängige Staatsanwalt. DRiZ (66) 86-90.
- Kis János (1986): Vannak-e emberi jogaink? AB Független Kiadó, Budapest
- Kis János (1995): From Costs and Benefits to Fairness: A Response to Richard Posner. In: East European Constitutional Review. 1995 (Vol. 4.) NO. 3. 84-87. p.
- Klaus, Ekkehard (1981): Deutsche und amerikanische Rechtsdenker. Wege zu einer Soziologie der Jurisprudenz. Baden-Baden: Nomos.
- Knoppke-Wetzel, Volker (1979): Rechtshilfe in den USA. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 196-229.
- Koch, Henning (1988): Constitutionalization of Legal Order. (Manuscript). Koppenhága (Bristol '98: Xvth World Congress of Comparative Law)
- Kotzorek, Andreas (1987): Private Gerichte als Alternative zu staatlichen Gerichtsbarkeit. Mohr Verlag. 1987.
- Kötz, Hein (1973): Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen. RabelsZ. (37) 245-263



- Kötz, Hein (1988): Die Zitierpraxis der Gerichte. Eine vergleichende Skizze. *RabelsZ.* (52) 644-662.
- Králik Lajos (1903): A magyar ügyvédség. Az ügyvédi kar I. kötet. Budapest. Franklin Társulat.
- Kramer, Ernst A. (1969): Topik und Rechtsvergleichung. *Rabels* (33) 1-16.
- Krawietz, W. (1987): Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster. *Rechtstheorie* (18) 209-254.
- Kriele, M. (1975): Theorie der Rechtsgewinnung. Berlin/New York: Duncker & Humblot.
- Krislov, Samuel (1963): The Amicus Curiae Brief. In: *The Yale Law Journal*. 1963. NO. 2.
- Kugler, Maurice/Rosenthal H. (1998): Checks and Balances: An Assessment of the Institutional Separation of Political Powers in Colombia. (Internet)
- Kukorelli István (1991): Közjogi tünődések. Budapest.
- Kulcsár, Kálmán (1974): Társadalom, politika, jog. Budapest: Gondolat
- Kulcsár, Kálmán (1976): A jogszociológia alapjai. Budapest: Közgazd. és Jogi K..
- Kulcsár Kálmán (1983): A jog mint eszköz? (Valóság, 1983/3.sz.)
- Kulcsár Kálmán (1997): Jogszociológia. Kulturtrade. Budapest,
- Kupa László (1993): Pulszky Ágost bölcselete. Kéry & Halász kiadása. (Seneca Könyvek Sorozat). Budapest.
- Lábady Tamás (1993): A helyét kereso alkotmánybíráskodás. *Világosság* 1993/1.
- Lábady Tamás (1994): Az eszmei és a büntető kártérítés a common law-ban. In: *Állam- és Jogtudomány* 1994/1-2. 69-112.p.
- Ladeur, K.-H./F. Hase (1980): Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System. Frankfurt/New York: Campus.
- Ladeur, K.-H. (1982): Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation? *Der Staat* (21) 391-412.
- Landfried, Ch. (1985): Der Bundesverfassungsgericht: Hüter oder Herr der Verfassung? S. 55-87 in: H. G. WEHling (Hg): *Recht und Rechtspolitik*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Langer, Vera (1988): Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: the Role of the Public Prosecutor. In: *The American Journal of Comparative Law*. (Vol. 36.) Number 2. 279-35.
- Larenz, Karl (1970): Rudolf von Jhering und die heutige Lage der deutschen Rechtswissenschaft. In: Wiacker, Franz/Ch. Wollschläger (Hg.): *Jherings Erbe*. Wandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. 135-141 p.
- Larenz, K. (1979): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Aufl. Berlin/New York: Duncker & Humblot
- Lasser de S.-O-I'E, Mitchel (1995): Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System. In: *The Yale Law Journal* (Vol. 104.) 1995 No. 6. 1325-1411.p.
- Lasser de S.-O-I'E, Mitchel (1998): "Lit. Theory" put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial tests and French Judicial Discourse. In: *Harvard Law Review* (Vol. 111.) 1998 No. 3. 690-770.p.
- László Gábor (1999): A jogtanácsosok létszáma (Kézirat)
- László Péter (2001): Európai igazságszolgáltatás 2010 - Bírósági és ügyészségi fogalmazók I. országos találkozója. (Beszámoló). Internet:

<http://rs1.szif.hu/eltegyor/paragrafus>

- Lautmann, Rüdiger (1972): Justiz - die stille Gewalt. Athenäum Verlag.  
Frankfurt am Main
- Lazzer, Dieter de (1975): Rechtsdogmatik als Kompromissformular. In: Dubischar/Folkes (Hg): Dogmatik und Methode. München: Sprictor.
- La Torre, M./E. Pattaro/M. Taruffo (1991): Statutory Interpretation in Italy. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 213-256 p.
- La Torre, M./M. Taruffo (1997): Precedent in Italy. In: McCormick/Summers (ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 141-188. p.
- Liebs, Detlef (1983): Lateinische Rechtsregel und Rechtssprüche. Barmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Lilly, Robert J. (1999): Private Gefangnisse in den Vereinigten Staaten - das heutige Bild. In: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe. 1999 Heft 2. 78-80.p.
- Llewellyn, K.N. (1930): The Bramble Bush. New York: Oceana Publ.
- Loewenstein, Karl (1963): Verfassungslehre (Springer Verlag)
- Loewenstein, Karl (1967): Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien. (Springer Verlag) Berlin-New York-Heidelberg
- Lonbay, J. (1999): Types of Lawyers. Internet: <http://elixir.bham.ac.uk>
- Loon, van F./E. Langerwerf (1990): Socioeconomic Development and the Evolution of Litigation Rates of Civil Courts in Belgium 1835-1980. In: Law and Society Review 1990 (Vol. 24) No. 2. 283-298.
- Loss Sándor (1996): A jogbölcsélet és a lélektan vonzaskörében. Pikler Gyula társadalom- és jogbölcsélete. In: Loss/Szabadszabó etc. (szerk): Portévalzatok a magyar jogbölcséleti gondolkodás történetéből. Bóbor Kiadó. 1996. Miskolc. 45-62.
- Lovász Gabriella (2001): A mediáció Magyarországon. In: Napi Jogász 2001/4. 32-33.p.
- Luhmann, Niklas (1964): Lob der Routine, Verwaltungsarchiv 1-33.
- Luhmann, Niklas (1970): Soziologische Aufklärung Band 1. (Westdeutscher Verlag 1970) Opladen
- Luhmann, Niklas (1970b): A jog pozitivitása mint a modern társadalom előfeltétele. In: Sajó A. (szerk.): Jog és szociológia. Budapest: Közgazd. és Jogi K.
- Luhmann, Niklas (1972): Rechtssoziologie (Rowohlt, 1972.)
- Luhmann, Niklas (1974): Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1974)
- Luhmann, Niklas (1975): Soziologische Aufklärung Band 2. (Westdeutscher Verlag, 1975) Opladen
- Luhmann, Niklas (1981): Ausdifferenzierung des Rechtssystems. In: ders. Ausdifferenzierung des Rechtssystems. (Suhrkamp 1981) Frankfurt/Main
- Luhmann, Niklas (1981): Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft. In: ders. Ausdifferenzierung des Rechtssystems 374-419
- Luhmann, Niklas (1984): Soziale Systeme Frankfurt/Main: Suhrkamp
- Luhmann, Niklas (1985): Die Rückgabe des zwölften Kamels (Manuskript) Bielefeld

- Luhmann, Niklas (1986a): Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie* 17/1986 S. 171-203.
- Luhmann, Niklas (1989): *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. (Kézirat) Bielefeld.
- Luhmann, Niklas (1990b): *Das Recht der Gesellschaft*. (Kézirat) Bielefeld.
- Lukács, György (1965): *Az esztétikum sajátossága*. Magvető. Budapest
- MacCann, M./ H. Silverstein (1998): Rethinking Law's "Allurements": A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998. 261-292 p.
- MacCormick, N. D./ R.-S. Summers (1991): Interpretation and Justification. In: MacCormick/Summers(ed.) *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth. 511-545 p.
- MacCormick, Neil/R. S. Summers ed.(1991): *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth.
- MacCormick, Neil/R. S. Summers ed.(1997): *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth.
- MacCormick, N. D./ R.-S. Summers (1997): Further General Reflections and Conclusion. In: MacCormick/Summers(ed.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth. 511-545 p.
- Macneil, Ian R. (1996): Other Sociological Approaches. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. (<http://encyclo.findlaw.com/lit/063.html>)
- Mádl, Ferenc (1984): Value-Oriented Metamorphosis in Comparative Private International Law. In: Péteri Z. (Ed.): *Legal Theory, Comparative Law*. 257-277 p. Budapest: Akadémia
- Maelicke, Bernd (1999): Der Strafvollzug und die Neue Wirklichkeit. In: *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffaligenhilfe*. 1999 Heft 2. 73-77.p.
- Magyar Közlöny 1991/13.,1991/42.,1991/61.szám,1991/123.szám,1991/139.szám
- Marsch, Stephen R. (1999): Mediation Pitfalls and Obstacles. In: Internet: <http://adrr.adr1/essays.htm>
- Markesinis, B. S. (1986): *Conceptualism, Pragmatism and Courage: A Common Lawyer Looks at Some Judgement of the German Federal Court*. In: *The American Journal of Comparative Law*. 1986 (Vol. 34.) No. 2. 349-367.
- Martinek, Michael (1983): Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage. Ein später Sieg des Pomponius?. *RabelsZ.* (47) 284-335.
- Marshall, Geoffrey (1997): What is Binding in a Precedent? In: MacCormick/Summers (ed.): *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth. 503-518 p.
- Marton Géza (1992): A polgári jogi felelősség. A Triorg Kft kiadása. (Kiadás alá rendezte: Zlinszky János) Budapest.
- Maxeiner, James (1990): Die Gefahr der Übertragung deutscher Rechtsdenkens auf den US-amerikanischen Zivilprozess. In: *Recht der internationalen Wirtschaft*. 1990/6. 440-449.p.
- McCarter, Dudley W. (2001): Punitive Damages Must Be Supported By Intentional Wrongdoing. In: *Journal of Missouri Bar* (Vol. 57) 2001 No. 4.
- McClendon, John G. (1990): Peter Huber's Liability: The Legal Revolution. In:

- Internet: <http://www.reformed.org/webfiles>
- Medema, S.- S/N. Mercurio/W.-J Samuels (1996): Institutional Law and Economics. In: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/lit/0520.html>)
- Menkel-Meadow, C. (1998): The Causes of Cause Lawyering: Toward an Understanding of the Motivation and Commitments of Social Justices Lawyers. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998. 31-68 p.
- Merton, Robert K. (1973): The Sociology of Science. The University of Chicago Press (Chicago and London, 1973)
- Miers, David (1999): The Role of Universities in the Training of Lawyers in the United Kingdom. In: Kobe University Law Review, 1999. No. 33. 55-83.p.
- Moór Gyula (1921): Somló Bódog. Társadalomtudomány 1921/1. szám.
- Moór Gyula (1923): Bevezetés a jogfilozófiába. Pfeifer Ferdinánd Nemzeti Könyvkereskedésének kiadása. Budapest.
- Moór Gyula (1928): A logikum a jogban. Filozófiai Értekezések. Kiadja a Magyar Filozófiai Társaság. Budapest.
- Moór Gyula (1936) (1994): Jogfilozófia. Püski Kiadó, Budapest.
- Moór Gyula (1934): Szociológia és jogbölcselet. (Filozófiai Értekezések. Kiadja a Magyar Filozófiai Társaság). Budapest.
- Moór Gyula (1939): A joghézag kérdéséről. In: Kolosváry-Emlékkönyv. Budapest. (Különlenyomat).
- Moór Gyula (1945): A jogbölcselet problémái. Budapest. (Kiadja a Magyar Szemle Társaság.)
- Mora, Louis P. (2000): Towards an Agenda for a Justice and Equitable Society \_nt he 21. Century: Comprehensive Legal and Judicial Development.
- Morton, F.-L. (1988): Judicial Review in France: A Comparative Analysis. Am. Journal of Comp. Law. (36) 89-110.
- Müller, Friedrich (1972): Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts. In: Methoden der Rechtswissenschaft. Teil I. München/Wien: Oldenburg 123-191.
- Müller-Erzbach, Rudolf (1950): Rechtswissenschaft im Umbau. Berlin.
- Müller-Erzbach, Rudolf (1974): Rechtsfindung auf realer Grundlage. In: Ellscheid, Günter/ Hassemer (Hg.): Intessenjurisprudenz. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt. 36-40.p.
- Nacsády Péter (1998): Az amerikai mediáció. In: Magyar Jog 1998/5. 298-304.p.
- Nagy Zsolt (2000a): A kirendelt védő szociológus szemmel. In: Jogelméleti Szemle 2000/2. sz.
- Nagy Zsolt (2000b): A kirendelt védő intézményének szociológiai elemzése. In: Jogelméleti Szemle 2000/4. sz.
- Naucke, Wolfgang (1978): Entwicklung der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland. In: Hassemer, Winfried (Hg)(1987): Strafrechtspolitik. Frankfurt/Main: Peter Lange Verlag.
- Németh János szerk. (1999): A Polgári Perrendtartás magyarázata. KGJ. Budapest 1999.

- Nizsalovszky Endre (1984): Fogalomkutató jogtudomány és érdekkutató jogtudomány; a szabadjogi iskola és a tiszta jogtan. In: uo: Tanulmányok a jogról. Akadémia K.
- Novák István (1997): Tényállás a polgári perben. In: Magyar Jog 1997/7. szám 416-420.
- Ogorek, Regina (1986): Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Frankfurt/Main: Klostermann.
- Ostler, Fritz (1987): Rechtslehrer an Hochschulen als Rechtsanwalt im Nebenberuf?. Anwaltsblatt (39) 263-268.
- Ott, Walter (1983): Was heißt Rechtspositivismus? S. 413-425. In: Mayer-Maly/Simons (Hg.): Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Berlin: Duncker & Humblot.
- Otte, Gerhard (1970): Zwanzig Jahre Topik-Diskussion. Rechtstheorie (1) S.189-207.
- Ostertag, Juergen R. (1993): Legal education in Germany and the United Staates - A Structural Comparison. In: Vanderbilt Journal of Transnational Law. 1993. No. 2.
- Paczolay Péter (1989): Moór Gyula jogfilozófiája. Jogtud. Közlöny 1989/10. 505-512 p.
- Paczolay P./Sólyom L. (szerk.): Az Alkotmánybíróság határozatai 1990-1997 kötetek. Budapest.
- Parment, Wendy E. (2000): Plain Meaning and Mitigating Measures: Judicial Interpretation of the Meaning of Disability. In: Berkeley Journal of Employment and Labor Law 2000 (Vol. 21.) 53-90.p.
- Parsons, Talcott (1966): Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives (Englewood-Cliffs)
- Parsons, Talcott/G. Platt (1973): The American University (Harvard University Press)
- Partington, Martin (1979): Die Entwicklung der Rechtshilfe in England. Aktuelle Reformbestrebungen. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 150-160.
- Paton, George W. (1972): Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press
- Pauler Tivadar (1851): Jog- és államtudományok encyclopaediája. Pest
- Pauler Tivadar (1864): Észjogi előtan. Pest.
- Pauler Tivadar (1878): Adalékok a hazai jogtudomány történetéhez. Budapest. A Magyar Tudományos Akadémia Könyvkiadói Hivatala.
- Paulus, Christopher G. (2000): Die Privatisierung der "Zwangsvollstreckung" - oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert. In: Zeitschrift für Rechtspolitik. 2000 Heft 7. 296-297.p.
- Pavcnik, Marijan (1988): Argumentierte Rechtsentscheidung statt Ideologie der "Rechtsanwendung". ARSP 1988 155-167.
- Pawlovski, Hans-Marton (1987): Rechtsstaat ohne Rechtsdogmatik. In: Krawietz/Ott(Hg.): Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenkender Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot.
- Peczenik. A./G. Bergholz (1991): Statutory Interpretation in Sweden. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 311-358 p.
- Peczenik. A./G. Bergholz (1997): Precedent in Sweden. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Precedents. A Comparative Study. Dartmouth. 293-314 p.
- Pederzoli, P./C. Guarnieri (1998): The Judicialization of Politics, Italian Style.

- In: Journal of Modern Italian Studies.
- Pedone, Luiz (1995): The Judiciary as an Obstacle to Democracy in Latin-America. (Internet)
- Perelman, Chaim (1979): Juristische Logik als Argumentationslehre. Freiburg/München: Verlag Karl Alber.
- Perelman, Chaim (1983): Gesetz und Recht. S. 427-435. In: Mayer-Maly/Simons (Hg.): Naturrechtsdenken heute und morgen. Berlin: Duncker & Humblot.
- Peschka Vilmos (1965): Jogforrás és jogalkotás. Akadémia.
- Peschka Vilmos (1972): A jogfilozófia alapproblémái. Gondolat.
- Peschka Vilmos (1979): A jogszabályok elmélete. Közgazd. és Jogi K.
- Peschka Vilmos (1980): A jogtudomány és a joggyakorlat in: Jog és jogfilozófia (Közgazd. és Jogi K.) 215-234.
- Peschka Vilmos (1986): A jog mint a hermeneutika modellje (Állam és Jogtudomány, 1986/3.)
- Peschka, Vilmos (1988): A jog sajátossága. Budapest: Akadémia.
- Peschka Vilmos (1995): Jogforráselméleti problémák és az alkotmány. In: Rácz Attila (szerk.): Jogforrások az alkotmányban. KGJ Budapest 1995, 13-40 p.
- Petraszickij, Leo (1981): Jog és erkölcs. In: Varga (szerk.): Jog és filozófia. Budapest: Akadémia
- Pikler Gyula (1892): Bevezető a jogbölcseletbe. Athenaeum. Budapest.
- Pikler Gyula (1897): A jog keletkezéséről és fejlődéséről. Politzner & Fia kiadása. Budapest.
- Pokol Béla (1981): Politikai pártok és érdekegyesületek. Világosság 1981/8-9.
- Pokol Béla (1981b): A törvényelőkészítés mechanizmusa. Gazd. és Jogtud. 1981/1. 215-255.
- Pokol Béla (1982): A pozitivitás dicsérete. Szociológia 1984/4.
- Pokol Béla (1984-85): A modern tokés állami beavatkozás természetének megértéséhez. Szociológia 1984-85. 1-2. sz.
- Pokol Béla (1987): Politika és ideológia mint társadalmi alrendszerek. Társadalomkutatás 1987/1.
- Pokol Béla (1987b): Jogi környezetszennyezés. Világosság 1987/6.
- Pokol Béla (1988): A szociológialméletek új útjai. Budapest: Akadémia
- Pokol, Béla (1989): Politikai reform és modernizáció. Magvető Kiadó. Budapest 1989.
- Pokol Béla. (1989a): A modern jogrendszerek binaritása. Jogtud. Közlöny 1989/1.
- Pokol Béla (1989b) : A professzionális intézményrendszerek. Szociológia 1989/1.
- Pokol Béla (1990): Law as Professional System of Institutions, in: Rechtstheorie 1990. S. 23-37.
- Pokol B. (1990b): "Professionelle Institutionensysteme oder Teilsysteme der Gesellschaft? Reformulierungsvorschläge zu Niklas Luhmanns Systemtypologie", in: Zeitschrift für Soziologie S. 21-34.
- Pokol Béla (1991): A jog szerkezete. (A Gondolat K. és a Felsőoktatási Programiroda közös kiadása.)
- Pokol Béla (1992): Aktivista alapjogász vagy parlamenti törvénybarát? A magyar alkotmánybíráskodás jogkonceptiói. Társ. Szemle 1992/4

- Pokol Béla (1993): A magyar jogelmélet állapotáról. In: Magyar tudomány 1993/7.
- Pokol Béla (1994): Jogbölcseleti vizsgálódások. Nemzeti Tankönyvkiadó. Budapest. (Második bővített kiadás 1998).
- Pokol Béla (1998): Moór Gyula és Horváth Barna jogkonceptiója. Magyar Jog 1998/5.
- Pokol Béla (1999): Szociológiaelmélet. Rejtjel Kiadó.
- Pokol Béla (2000): Jogelmélet és joggyakorlat. Rejtjel Kiadó. Budapest.
- Pokol Béla (2001): The Concept of Law. The Multi-Layered Legal System. Rejtjel Edition. Budapest.
- Polányi Károly (1976): Archaikus társadalom és gazdasági szemlélet. Budapest: Gondolat
- Polt Péter (2000): Beszámoló az ügyészség tevékenységéről (Magyar Országgyűlés J/2591.sz.)
- Poplawska, Eva (1998): Constitutionalization of the Legal Order. In: Polish Contemporary Law. Quarterly Review. 1988. NO. 1-4. 115-133.
- Posner, Richard: A családjog. In: Sajó/Harmathy (szerk.): A jog gazdasági elemzése. KGJ. K. 1984. 155-170.
- Posner, Richard A. (1981): The Present Situation of Legal Scholarship. In: The Yale Law Journal.
- Posner, Richard A. (1990): The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press.
- Posner, R. A. (1993): The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship. In: Michigan Law Review... 1921-1929.p.
- Posner, Richard A. (1995): The Costs of Enforcing of Legal Rights. In: East European Constitutional Review. 1995 (Vol. 4. ) NO. 3. 71-86. p.
- Posner, Richard A. (1998): The Problematics of Moral and Legal Theory. Harvard Law Review. 1998 (Vol 111). 1638-1715. p.
- Pound, Roscoe (1981): Társadalomirányítás a jog útján. In: Varga (szerk.): Jog és filozófia. Budapest: Akadémia.
- Projet de loi (2001): Projet de la loi relatif à l'accès au droit et à la justice, In: Internet: <http://www.ifrance.com>
- Pulszky Ágost (1885): A jog és állambölcészlet alaptanai. Budapest Eggenberger Könyvkereskedés kiadása.
- Radbruch, Gustav (1977): Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog. (Ford. Nagy Endre). In: Modern jogelméleti tanulmányok (szerk. Varga Csaba). Budapest. 129-140.
- Ranieri, Filippo (1998): *Reform der Juristenausbildung ohne Ende?* In: *Juristenzeitung* 1998 No. 17. 831-836.p.
- Ranieri, Filippo (1998b): Juristenausbildung und Richterbild in der europäischen Tradition. (Vortrag vor der Richterakademie). In: (Internet): <http://ranieri.jura.uni-sb.de/Veroeffentl/trier.htm>
- Reiss, Albert J. (1976): Public Prosecutor and Criminal Prosecution in the United States of America. In: McCormick (ed): Lawyers in their Social Settings. Edinburgh: Green.
- Raiser, Thomas (1987): Rechtssoziologie. Alfred Metzner Verlag. Frankfurt am Main.
- Raiser, Thomas (1998): Die Entstehung der Vereinigung für Rechtssoziologie. In: Festschrift für Erhard Blankenburg. Bonn. 11-18.
- Rasehorn, Theo (1998): Ein Richter fiel unter die Soziologen. Erinnerungen an

- Erhard Blankenburg und andere Rechtssoziologen. In: Festschrift für Erhard Blankenburg. Bonn 19-28.
- Rehbinder, Manfred (1989): Rechtssoziologie. Walter de Gruyter. Berlin/New York.
- Reitz, John C. (1991): Grundlegende Unterschiede zwischen den deutschen und dem US-amerikanischen Zivilprozessrecht: Vorzüge, die sich ausschliessen?
- Rieffel, Rémy (1993): Les intellectuels sous la V.-e République. Calman-Lévy CNRS Édition. Paris.
- Rekosh, Edwin (1998): The Possibilities for Clinical Legal Education in Central and East Europe. In: (internet) <http://www.pili.org/library/cle>
- Rheinstein, Max (1970): Der Rechtshonoratioren und ihr Einfluß auf Character und Funktion der Rechtsornungen. RabelsZ. 1-13-
- Rickert, Heinrich (1987): A filozófia problémái. Európa Kiadó. Budapest.
- Riebschläger, K. (1968): Die Freirechtsbewegung. Berlin: Duncker & Humblot.
- Ritterspach, T. (1986): Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien. S. 219-242. In: Ch. Starck/A. Weber (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeurope. Baden-Baden: Nomos.
- Rixen, Stefan (1994): Wiedergutmachung in Strafvollzug? In: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffaligenhilfe. 1999 Heft 4. 215-221.p.
- Rogowski, Ralf (1982): Die aktive Rolle des Richters im Prozessvergleich. In: Blankenburg/Gottawld/Strempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 171-187.p.
- Ross, Alf (1929): Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen. Leipzig und Wien. Franz Deuticke Verlag.
- Rottleuthner, Hubert (1982): Alternativen im gerichtlichen Verfahren. In: Blankenburg/Gottawld/Strempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 145-151.p.
- Rottleuthner, Hubert (1996): Umbau des Rechtsstaates? Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatelverfahren. In: Neue Juristische Wochenschrift. No. 38. 2473-2477.p.
- Rottleuthner, Hubert (1973): Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Fischer Verlag. Frankfurt am Main.
- Rowe, Gerald C. (1985): Tensions in the Role of the Common Law Judge. RabelsZ. (49) 607-677.
- Rödig, Jürgen (Hg.): Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung. Wien/Heidelberg/New York: Springer.
- Röhl, Klaus F. (1982): Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz.. In: Blankenburg/Gottawld/Strempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 15-27.p.
- Rupp, Heinrich (1998): Methodenkritische Bemerkungen zum Verhältnis tarifvertraglichen Rechtssetzung und parlamentarischer Gesetzgebungskompetenz
- Rümelin von, Max (1974): Zur Lehre von der juristischen Konstruktion. In: Ellscheid, G./ Hassemer (Hg.): Intessenjurisprudenz. Wissenschaftliche Buchgesellschaft.



- Darmstadt. 72-87.p.
- Rüschemeyer, Dietrich (1976): Juristen in Deutschland und in der USA (Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1976)
- Ryffel, Hans (1986): Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung. Luchterhand.
- Sajó András (1980): Jogkövetés és társadalmi magatartás. Akadémia.
- Sajó András (1982): Racionalitások és materiális igazságosság a "modern" jogban (Szociológia, 1982/2.sz.)
- Sajó András (1983): Kritikai értékezés a jogtudományról. Budapest: Akadémia.
- Sajó András (1984): Közgazdasági vizsgálódás a jogról. In: Sajó/Harmathy (szerk.): A jog gazdasági elemzése. KGJ. K. 1984. 5-42.
- Saletti, Rober (1998): Le pouvoir des juges. In: <http://www.vigile.net/3eCS/salettibrunelle.html> (Internet)
- Scalia, Antonin (1997): *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law.* Princeton University Press. New Jersey.
- Scheider, Kurt (1974): Der deutsche Jurist als Bürokrat - ein strukturell-funktionaler Ansatz. In: Kaupen/Werle (Hg): Soziologische Probleme juristischer Berufe. Göttingen: Verlag Otto Sachwarz.
- Scheingold, Stuart (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998 118-150 p.
- Scheuerman, William E. (1999): Die stille Revolution im amerikanischen Recht. In: Hauke Brunkhorst/P. Niessen (Hrsg.): Das Recht der Republik. Suhrkamp. Frankfurt/Main. 1999:209-231. p.
- Schmitz, Stefan (2000): Nélkülözhetetlen fogyasztóvédelem vagy túlzott mértékű kártérítés? - Kártérítés az USA-ban. In: Magyar Jog 2000/2. 94-99.p.
- Schneider, Carl E. (1988): State-Interest Analysis in Fourteenth Amendment "Privacy Law": An Essay on the Constitutionalization of Social Issues. In: Law and Contemporary Problems. 1988 NO.1. 79-121.
- Schreckenberger, Waldemar (1978): Rhetorische Semantik. Freiburg/München:Verlag Karl Alber.
- Schuppert, G.-F. (1978): Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. Archiv für öffentl. Recht (103) 43-69.
- Schüter, W. (1973): Das Obiter Dictum. München: Beck.
- Schwabe, Jürgen (1988): Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Hamburg (Vierte Auflage).
- Seelmann, Kurt (1990): Dogmatik und Politik der "Wiederentdeckung des Opfers" in: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. 159- 172. Duncker & Humblott, Berlin
- Seiler, Hans-Hermann (1990): Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. 109-123. Duncker & Humblot, Berlin
- Shapiro, Martin (1994): Judicialization of Politics in the United States. (Internet)
- Shetreet. Simon (1982): Alternativen zum formalen Justizsystem: Ausländische

- Beispiele. In: Blankenburg/Gottawld/Strempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 111-123.p.
- Simitis, Spiro (1972): Die bedeutung von System und Dogmatik - dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, Archiv für die civilistische Praxis 172,
- Smartt, Ursula (1995): Privatisierung im englischen Strafvollzug: Erfahrungen mit englischer Privatgefangnissen. In: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffaligenhilfe. 1995. Heft. 5. 290-294.p.
- Sobich, Philip (1999): Die Civil Procedure Act 1999 - Zivilprozessrecht in England. In: Juristen Zeitung 1999/15-16. 775-780.p.
- Sodan, Helge (1998): Verfassungsrechtliche Grenzen der Tarifautonomie. In: Juristen Zeitung. 1998/9. 421-430.p.
- Solt Pál (1999): Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács Elnökének tájékoztatója. (Országgyűlési beszámoló, J/819. sz)
- Sólyom László (1977): A polgári jogi felelősség hanyatlása. Akadémia Kiadó.
- Sólyom László (1990): A láthatatlan alkotmány. Világosság 1990/12.
- Somló Bódog (1901): Jogbölceselet. Stampel Károly kiadása Pozsony-Budapest.
- Somló Bódog (1905/6): Jogbölceseleti előadások. Kolozsvár.
- Somló Bódog (1911) (1996): A jog alkalmazásáról. Jogállam 1996/3-4. 84-95 p.
- Somló, Felix (1925): Juristische Grundlehre. Zweite, unveränderte Auflage. Verlag von Felix Meiner. Leipzig.
- Somló Bódog (1920)(1995): Jogbölcsészet. Bíbor Kiadó. Miskolc.
- Sommermann, K.-P. (1989): Die richterliche Schutz der Grundrechte in Spanien. S. 23-52 In: H. R. Horn (Hg): Richterliche Verfassungskontrolle in Latein Amerika, Spanien und Portugal. Baden-Baden: Nomos.
- Springer, Alexander P.(1998): Political Justice? Assessing the Role of Colombian Courts. (Internet)
- Stampe, Ernst (1974): Rechtsfindung durch Intessenabwägung. In: Ellscheid, G./ Hassemer (Hg.): Intessenjurisprudenz. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt. 24-31.p.
- Starck, Ch. (1988): Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich. Archiv für öffentl. Recht (113) 632-650.
- Stern, K. (1988): Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1. München: Beck.
- Stichweh, Rudolf (1988): Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft. In: R. Mayntz (Hrsg): Differenzierung und Verselbständigung (Campus 1988) S. 261- 295.
- Stobbe, Ulrich (1990): Reform der Juristenausbildung. Anwaltsblatt (40) 225-228.
- Stourz, G. (1989): Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionsgeschichte des liberalen Verfassungsstaats. Wien.
- Strache, Karl-Heinz (1968): Das Denken in Standards. Berlin: Duncker & Humblot.
- Strauss, Leo (1999): Természetjog és történelem, Pallas Stúdió. Budapest. (Ford. Lánczi András)
- Struck, Gerhard (1971): Topische Jurisprudenz. Frankfurt: Athenäum
- Struck, Gerhard (1975): Intessenabwägung als Methode. In: Dubischar, Rolf etc (Hg):

- Dogmatik und Methode. Scriptor Verlag. Kronberg. 171-191 p.
- Strömholm, Stig (1975): Gesetzvorbereitung in Schweden. In: J.Rödig (Hrsg): Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung. (Springer Verlag 1975)
- Summers, Robert S. (1991): Statutory Interpretation in the United States. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 407-460 p.
- Summers, R. S./Eng, S. (1997): Departures from Precedent. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Precedents. A Comparative Study. Dartmouth. 511-545 p.
- Summers, R. S./M. Taruffo (1991): Interpretation and Comparative Analysis. In: McCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 461-510 p.
- Sumner, Graham (1978): Népszokások. Budapest: Gondolat.
- Szabadfalvi József (1994): Moór Gyula. (Egy XX. századi magyar jogfilozófus pályaképe.) Osiris-Századvég Kiadó. Budapest.
- Szabadfalvi József (1996): A jogpozitivizmus diadala. Pulszky Ágost élete és munkássága. In: Loss/Szabadfalvi etc. (szerk.): Portévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből. Bíbor Kiadó. 1996. Miskolc. 21-44.
- Szabadfalvi József (1996b): Útkeresések a mai angol-amerikai jogelméletben. In: uő. (szerk.): Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések. Bíbor Kiadó, Miskolc. (1-16)
- Szabó András: Különvélemény a 23/1990. AB. határozathoz.
- Szabó Imre (1958): A Polgári Törvénykönyv tervezete és a jogértelmezés. In: Az MTA Társadalmi-Történeti Tudományok Osztályának Közleményei 3. sz. 197-216 p.
- Szabó Imre (1960): A jogszabályok értelmezése. Közgazd. és Jogi K.
- Szabó Imre (1971): A jogelmélet alapjai. Akadémia.
- Szabó Imre (1980): A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon. Akadémia Kiadó, második, javított kiadás.
- Szabó Miklós (1995): A jogforrás. In: Szabó M. (szerk.): Bevezetés a jog- és államtudományokba. Bíbor K. Miskolc 1995, 27-52 p.))
- Szalai Erzsébet (1997): Rendszerváltás és a hatalom konvertálása. In: Glatz F. (szerk.): Globalizáció és nemzeti érdek. Budapest. MTA 113-136.o.
- Takács Albert (1990): Az alkotmányosság dilemmái és az Alkotmánybíróság ítéletei. Acta Humana 1990 No. 1. 38-56.
- Takács Péter (1998): A helyes jog. In: Szabó M. (szerk.): Jogbölcseleti előadások. Bíbor Kiadó. Miskolc. 75-110.p.
- Tate, C. Neal/T. Vallinder (ed.) (1995): The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York. New York University Press. Budapest
- Teubner, Günther (1971): Standards und Direktiven in Generalklauseln. Frankfurt: Athenäum.
- Teubner, Günther (1975): Folgenkontrolle und Responsive Dogmatik. Rechtstheorie 1975 Heft 2. 179-204.
- Teubner, Günther (1982): Reflexives Recht. (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

1982

- Teubner, Gunther (1984): Verrechtlichung - Begriffe, Merkmal, Grenzen, Auswege; In: F.Kubler (Hrsg) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Solidarität (Baden-Baden, 1984. 293-345.p.)
- Teubner, Günther (1986): Gesellschaftsordnung durch Gesetzeslärm. (Florenz, 1986. EUI Working Papers)
- Teubner, Günther/Helmut Willke (1984): Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch relexives Recht. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1984, N. 1. 3-35.
- Thalmann, Bernd (1989): Der englische Zivilprozess. In: Jura 1989 Heft. 4. 178-186.p.
- Troper, M./C. Grzegorzcyk/J.-L. Gardies (1991): Statutory Interpretation in France. In: MacCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 171-212 p.
- Troper, M./C. Grzegorzcyk (1997): Precedent in France. In: MacCormick/Summers(ed.) Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 103-140 p.
- Tushnet, Mark (1991): Critical Legal Studies: a political history. The Yale Law Journal. 1991. 1515-1544. p.
- Tushnet, M./Scheider, N./Kovner, M. (1988): Judicial Review and Congressional Tenure. An Observation. In: Texas Law Review.
- Varga Csaba (1973): A kódex mint rendszer. Allam és Jogtud. 1973/1.
- Varga Csaba (1977): A törvényhozás felelős tudatossága. A miniszteri indoklás rendszerének elvi kérdései. Allam és Jogtud. 1977/1. 68-99.
- Varga Csaba (1978): A jogalkalmazás elméleti felfogásának alapjai. Allam és Jogtud. 1978/3. 339-366.
- Varga Csaba (1980): Átalakulóban a jog? (Allam és Jogtudomány, 1980/4.sz.)
- Varga Csaba (1982): A bírói tevékenység és logikája: ellentmondások az események, a valóság és a távlatok között. Allam és Jogtud. 1982/3. 464-485.
- Varga Csaba (1986): Kelsen jogalkalmazástana. Allam és Jogtud. 1986/4.
- Varga Csaba (1986b): A jog és érvényessége. Jogtud. Közlöny 1986/1. 1-6 p.
- Varga Csaba (1988): A modern formális jog és kultúrája: kihívások és buktatók. Jogtud. Közlöny 1988/1. 53-55 p.
- Varga Csaba (1988b): Autopoiesis és a jog alkalmazási gyakorlata, újratermelése. Jogtud. Közlöny 1988/5.
- Varga Csaba (1989): Tény és proceduralitás a bírói ténymegállapításban. In: Állam- és Jogtudomány 1989. 2. szám. 496-543.
- Varga Csaba (1992): A bírói ténymegállapítási folyamat természete. Akadémia Kiadó. Budapest. 1992.
- Varga Endre (1937): A hivatásos ügyvédi osztály kialakulása. A kötelező ügyvédi vizsga bevezetése 1769-ben. Budapest. Királyi Magyar Nyomda.
- Vavró István (1999): Közigazgatási perek 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.)
- Vavró István (1999): Gazdasági perek 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.)

- Vavró István (1999): Polgári perek 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.)
- Vavró István (1999): A munkaügyi perek adatai, a per tárgya 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.)
- Vavró István (2000): Újra megindult és szünetelő ügyek. (Elsőfokú polgári és gazdasági perek 1990-1998). (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.)
- Vavró István (2000b): Tájékoztató a jogi oktatás és a jogi továbbképzés helyzetéről. (IM, kézirat).
- Vékás Lajos (1999): A magánjog gazdasági elemzése. In: Állam- és Jogtudomány. (Vol. XXXIX) 1998/1-2. 3-20. p.
- Veljanovski, Cento G.: A jog gazdasági megközelítése. In: Sajó/Harmathy (szerk.): A jog gazdasági elemzése. KGJ. K. 1984. 5-42.
- Vermeule, Adrian (2000): *The Cycles of the Statutory Interpretation.* (Internet).
- Viehweg, Theodor (1968): Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung. In: Diemer, A. (Hrsg): Wissenschaft und Dokumentation. Meisenheim.
- Viehweg, Theodor (1974): Topik und Jurisprudence. Fünfte, durchgesehene u. erweiterte Auflage. München: Beck
- Vikman László (2001): Interjú Eörsi Mátyással. (Jogi Fórum 2001 ápr. 22.)
- Virozsil, Anton (1861): Egyetemes természet- vagy észjog elemei. Heckenast Gusztáv kiadása.
- Voigt, R.(Hg) (1980: Verrechtlichung Köln: Athenäum
- Vreeland, Cindy (1990): Public Interest Group, Public Law, and Federal Rule 24)a). In: The University of Chicago Law Review. (Vol. 57.) Number 1. 279-310.
- Wagner, Gerhard (1998): Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Kosten, Nutzen, Alternativen: In: Juristenzeitung 1998 No.17. 836-846.p.
- Wallacher Lajos (1995): Előkészítő tanulmány a választottbíráskodásról szóló 1994. évi LXXI. törvény tervezetéhez. In: Kecskés/Wallacher (szerk.): Választottbíráskodás. A választottbíráskodásról szóló 1994. évi LXXI. törvény, annak indokolása és előkészítő anyagai. Kommentár. Pécs. 107-127.p.
- Walter, Max (1971): Topik und richtiges Recht. Zürich: Juris Druckverlag.
- Weber, A. (1986): Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. S. 41-120 in Ch. Starck/A. Weber (Hg): Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Baden-Baden:
- Weber, Harald (1989): Die Bielefelder einstufige Juristenausbildung. In: JuS 1989 Nomos
- Weber, Max (1970): Állam, politika tudomány. Közgazd. és Jogi K.
- Weber, Max (1995): Gazdaság és társadalom 2/2. (Jogsociológia). Közgazd. és Jogi K. Budapest.
- Weinberger, Ota (1987): Recht, Institution und Rechtspolitik. Wiesbaden: Steiner.
- Wellhammer Zsolt (2001): Bírói hatalom Spanyolországban. Jogelméleti Szemle 2001/1.
- White, Richard H. H. (1979): Rechtshilfe in England. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 139-149.
- Wiacker, Franz (1967): Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2.neuarbeitete Auflage.

- Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Wice, Paul B. (1978): *Criminal Lawyers. An Endangered Species*. Beverly Hills/London: Sage Publications.
- Wilburg, W. (1950): *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* Graz: Kienreich.
- Wilson, Bruce W./Handberg R. (1998): *Opening Pandora's Box: The Unanticipated Political Consequences of Costa Rican Legal Reform*. (Internet).
- Wilson, Bruce M./Gaal, M./Handberg R. (2001): *Comparing Activist National Courts: Hungary and Costa Rica*. (Internet)
- Wilson, Geoffrey (1987): *English Legal Scholarship*. *Modern Law Review* (50) 818-854.
- Wilson, Richard J. (1998): *Clinical Legal Education as a Means to improve Acces to Justice in Developing and Newly Democratic Countries*. In: (internet) <http://www.pili.org/library/cle>
- Winsvold, von Lars (1999): *Gerichte und Rechtspflege in Norwegen*. In: Internet: <http://odin-dep.no/odin>
- Winters, Karl-Peter (1990): *Rechtsanwaltsmarkt. Chancen, Risiken und zukünftige Perspektiven*. Köln: Schmidt Verlag
- Wolfgang, Voit (1997): *Privatisierung der Gerichtsbarkeit*. In: *Juristen Zeitung* 1997/3. 120-125.p.
- Wollschlager, Ch. (1998): *Exploring Global Landscapes of Litigation Rates*. In: *Festschrift für Erhard Blankenburg*. Wuppertal/Bonn 577-588.p.
- Woollf-Report (1995): *Access to Justice*. (Internet).
- Wróblewski, Jerzy (1991): *Statutory Interpretation in Poland*. In: MacCormick/Summers(ed.): *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth. 257-310 p.
- Zavadnyik József (1996): *A jogvédelmi biztosítás szabályozásához. Állami Biztosításfelügyelet. Műhelytanulmányok 3*. Budapest 1996.
- Zinke, Horst (1982): *Der Erkenntniswert politischer Argumente in der Anwendung und wissenschaftlicher Darstellung des Zivilrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Zlinszky János (1991): *Római büntetőjog*. Nemzeti Tankönyvkiadó. Budapest.
- Zódi Zsolt (1996): *Erény és tudomány. Somló Bódog állam- és jogbölcséleti munkássága*. In: Loss/Szabadfalvi etc. (szerk): *Portévázlatok a magyar jogbölcséleti gondolkodás történetéből*. Bíbor Kiadó. 1996. Miskolc. 63-142.
- Zweigert, K. (1976): *Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit*. S. 63-75 in: Ch. Starck (Hg): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Erster Band*. Tübingen: Mohr.
- Zweigert, Konrad/Kötz, H. (1971): *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band I. Tübingen: Mohr.
- Zweigert, K./Kötz, H. (1984): *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*. Band 1. Tübingen: Mohr (2. neuarbeitete Auflage)
- Zsidai Ágnes (1989): *Tény és érték*. (Moór Gyula és Horváth Barna jogfilozófiai vitája.) *Jogtud. Közlöny* 1989/10. 413-519 p.
- Zsidai Ágnes (1996): *Tiszta jogszociológia*. (Bevezetés Horváth Barna Jogsociológia c. művéhez.) Osiris. Budapest.